Ejan Mackaay
Stéphane Rousseau

Análise Econômica do Direito

Tradução Rachel Sztajn

Segunda Edição

Análise econômica do direito

Ejan Mackaay
Professor da Faculdade de Direito e diretor do Centro de direito empresarial e do comércio internacional (CDAICI), Universidade de Montréal

Stéphane Rousseau
Professor da Faculdade de Direito e titular da Cadeira de direito empresarial e do comércio internacional, Universidade de Montréal

Análise econômica do direito

2ª Edição

**Tradução:
Rachel Sztajn**

São Paulo
Editora Atlas S.A. – 2015

Sumário

Lista de abreviaturas

ADPIC – Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio

CCB – Código Civil Brasileiro

C.c.Q. – Código Civil de Québec

CCfr – Código Civil Francês

GAJC – *Grandes casos da jurisprudência civil*

JCP G – *Juris-Classeur Periódico, edição geral*

JOCE – *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*

LCSA – Lei Canadense das Sociedades por Ações

LDA – Lei dos Direitos Autorais (Canadá)

LMC – Lei das Marcas de Comércio

LRC – Leis Revistas do Canadá

L.R.Q. – Leis Revistas de Québec

R.J.Q. – Coleção de Jurisprudência do Canadá

Apresentação

O interesse dos juristas francófonos pela Análise Econômica do Direito, cujo crescimento se percebe após a publicação da primeira edição deste tex-to, em 2000,[1] parece confirmado. Para despertar o interesse, é preciso ter em mãos um texto introdutório que demonstre as contribuições dessa aborda-gem no quadro do direito civil e permita acesso às principais contribuições em outros idiomas.

O presente texto se propõe a exercer esse papel. Foi concebido espe-cialmente para o leitor francófono, seja ele magistrado, universitário, pro-fissional do Direito, aluno do ensino superior ou mero leitor interessado. Pretende-se permitir que tenha conhecimento daquilo que a Análise Econô-mica do Direito tem a dizer a respeito dos sistemas civilistas.

Acreditamos que a Análise Econômica do Direito tem muito a contribuir para os juristas francófonos. É, sobretudo, um método que toma emprestado conceitos econômicos para facilitar a compreensão do Direito. Situa-se na convergência das duas disciplinas, mas não integra, para expor de maneira adequada, nenhuma delas. Não substitui os métodos tradicionais do jurista conquanto os complete.

A Análise Econômica do Direito permite que todos os juristas aprofun-dem seu entendimento do nosso direito civil e verifiquem a profunda uni-dade que ultrapassa o conhecimento das normas. Para aqueles que têm a tarefa de conceber reformas, oferece uma ferramenta que permite antecipar os efeitos e avaliar a oportunidade de promovê-las. Aos autores permite que

1. Mackaay, Ejan *Analyse Economique du Droit – 1 Fondements* –Montreal/Bruxelles, Éditions Thémis/ Bruyllant, 2000.

exerçam seus nobres compromissos como doutrinadores, de forma melhor: mostrar a lógica do Direito e propor reformas onde elas se impõem. Os es-tudantes que planejam uma tese encontrarão, na Análise Econômica do Di-reito, um método para desenvolver a concepção que permite estruturar sua sequência. Afinal uma tese não é uma simples compilação de dados, mas sim uma nova maneira de compreender determinada matéria.

O leitor francófono poderá ter seu primeiro contato com a Análise Eco-nômica do Direito em seu idioma mediante o auxílio de conceitos jurídicos familiares: a análise econômica apresentada nestas páginas foi inteiramente repensada para ter como base as instituições jurídicas que o leitor conhece no seu sistema civilista ou de que ele tenha conhecimento em outros siste-mas da mesma família.

À medida que o leitor se enfronhe com a abordagem proposta e sua curiosidade o leve a ir mais além, o texto abre uma janela sobre a literatura em inglês e, em menor extensão, alemã e italiana. Se desejar conhecer, o livro indica textos originais que, em bom número, estão disponíveis na In-ternet. O leitor encontrará, ao final de cada capítulo, sugestões de leituras selecionadas.

A ideia de uma obra sobre Análise Econômica do Direito em francês tem origem em nossa passagem pela Faculdade de Direito da Universidade de Toronto, na qual ambos nos diplomamos. A partir da metade dos anos 1970, essa Faculdade tornou-se o farol da Análise Econômica do Direito no Canadá, sob a dinâmica administração de Michael Trebilcock, a quem rendemos ho-menagem. Se Toronto nos "iluminou " durante nossa passagem, de nossa parte esperamos, com a presente obra, mostrar ao leitor francófono a perti-nência da Análise Econômica do Direito para os juristas civilistas.

A segunda edição do livro estava em gestação há muito. Stéphane Rousseau foi o principal responsável pelos capítulos sobre a empresa, as sociedades por ações e o mercado de valores mobiliários. Ejan Mackaay, pelos outros.

Temos o prazer em agradecer a nossos colegas Philippe Jestaz e Chris-tophe Jamin, que acreditaram no projeto e que nos deram acesso às suas coleções, e a Renaud Lefebvre, na Dalloz, que acreditou na cooperação tran-satlântica. Ao longo da redação, numerosas pessoas comentaram as versões anteriores de diferentes capítulos e também contribuíram para aperfeiçoar o texto. Encontramos no Centro de Direito dos Negócios e do Comércio

Internacional e no Centro de Pesquisas de Direito Público, da Faculdade de Direito da Universidade de Montréal, espaços de elevado conhecimento dinâmico em que as ideias apresentadas nestas páginas puderam ser discuti-das com franqueza, razão pela qual agradecemos a todos os membros dessas instituições. Nossas ideias foram objeto de aulas em nossa Faculdade, assim como na UMR de Direito Comparado de Paris I, Rua Malher, na Universi-dade de Gand "mestrado", que alguém de Québec hesitaria em denominar *Master* em Análise Econômica do Direito do programa Erasmus, e no *Interna-tional Intellectual Property Summer Program* em Oxford e Victoria, na Colúmbia Britânica. Que os estudantes desses cursos que utilizarem a obra nos enviem suas dúvidas relacionadas ao que nos levou a elaborar o texto.

Temos uma dívida de gratidão com nosso colega Eric Brousseau, da Uni-versidade Paris X, que, em março de 2005, organizou um seminário com a participação de juristas e economistas, visando especificamente discutir as versões preliminares de muitos capítulos deste texto. Muriel Fabre Magnan nos deu indicações precisas sobre a jurisprudência francesa. Nosso colega Adrian Popovici, da Universidade de Montréal, releu o conjunto da obra e fez numerosas e judiciosas observações. Seu suporte manteve nossa crença de que este livro teria algo a dizer aos civilistas. Muitas pessoas fizeram comentários ou sugestões sobre as versões preliminares dos capítulos: Kais Belghith, Karine Bellavance, Elodie Bertrand, Daniele Boureier, Frank Bu-ckley, Frederick Charrette, Charles Olivier Cohen, Raymonde Crete, Bruno Dettains, Myriam Doriat, Severine Dasoher, Paul Geller, Daniel Gervais, Lu-cie Guibault, Bernt Hugenholtz, Bertrand Lemennier, Henri Lepage, Michel Morin, Horatia Muir Watt, Nanette Neuwahl, Alain Parent, Martin Philibert, Marie-Claude Rigaud, Mario Rizzo, Christophe Roquilly, Philippe Simonnot, Cyril Sintez, Paul Torremans, Catherine Walcke. Agradecemos a todos.

Ivan Tchotourian, estagiário no pós-doutoramento no Centro de Direito dos Negócios e do Comércio Internacional, foi picado pelo vírus da Análise Econômica do Direito desde o início de seu estágio, o que lhe permitiu fazer observações muito apropriadas à interface de nossa matéria com o Direito francês por ocasião da releitura da segunda parte do livro.

As pesquisas necessárias para a elaboração deste livro receberam recur-sos do Conselho para Pesquisa em Ciências Humanas do Canadá por meio de duas subvenções aprovadas para projetos de pesquisa: a primeira, o *Estudo sobre o papel dos usos no direito das operações comerciais internacionais* (número

410-2001-514); a segunda, *A operação multimídia* (número 501-2001-104). O apoio da Cadeira de Direito dos negócios e comércio internacional, da qual Stéphane Rousseau é o titular, e do Fundo destinado à educação dos investi-dores e à promoção da governança da Autoridade dos mercados financeiros para a elaboração dos três capítulos relativos ao direito de empresa deve ser, igualmente, apontado.

Enfim, devemos agradecer ao Mestre Christian Saint-Georges e seus colaboradores da Edições Thémis que, com eficácia, assumiram o papel de edição.

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau

Agosto de 2007.

P r e f á c i o

O livro que agora se publica em tradução portuguesa representa um dos mais bem conseguidos esforços didácticos de toda a área da Análise Econó-mica do Direito (ou "Economia e Direito", em tradução directa do original "*Law and Economics*").

Este Manual de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, que começou por ter uma edição em língua francesa e depois em língua inglesa, tem como primei-ro propósito fornecer ao leitor a panorâmica mais vasta possível de todo este ramo científico, que conheceu uma expansão explosiva nos (relativamente) curtos 50 anos da sua existência.

O seu segundo objectivo é o da familiarização com uma terminologia e com um acervo de conceitos que ao mesmo tempo asseguraram a esta nova disciplina a sua independência, mas também a sua convergência com as formas dominantes do Direito e da Economia, tornando-a uma ferramenta analítica poderosa ao serviço dessas outras ciências, mas também um ponto focal, e uma fonte, de novos temas e de novos desafios teóricos.

Na zona jurídica, o sucesso da Análise Económica do Direito mede-se pelo facto de ela se ter convertido no referencial teórico do debate inter-nacional em diversas áreas: quem domina os seus conceitos e terminologia pode acompanhar a vanguarda científica, quem não o fizer sentir-se-á, a bre-ve trecho, excluído – e, quando muito, remetido ao conforto de velhas cer-tezas dogmáticas não analisadas, numa espécie de "capitulação científica".

Claro que a familiarização está longe de ser fácil: trata-se de uma abor-dagem multidisciplinar, exigindo conhecimentos básicos em duas ciências sociais, e logo duas das mais consolidadas e coesas do ponto de vista teórico; trata-se de uma perspectiva tão pujante e prolífera que é difícil encontrar

um rumo no meio da vastíssima produção bibliográfica (que é por sua vez uma fracção da informação disponível); trata-se de domínios em que impera ainda algum pioneirismo, e onde portanto as certezas e os consensos não abundam, o que não facilita a assimilação rápida dos temas em debate.

O terceiro escopo deste livro de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau é precisamente o de conciliar a clareza expositiva com a sistematização pos-sível, por forma a permitir ao leitor, seja a descoberta das áreas nas quais o consenso predomina, seja a exploração, sem perda de rumo, daquelas ou-tras nas quais se sente com maior intensidade a palpitação do progresso científico.

E é assim que, mesmo cingindo-nos à sua vertente didáctica, este livro é susceptível de uma dupla utilização: nos estudos graduados ele fornecerá o estudante com uma visão clara do acervo teórico e analítico disponível, sem deixar de confrontá-lo com problemas e desafios; nos estudos pós-graduados as abundantíssimas referências que ele contém não deixarão de colocar o estudante/investigador no trilho das fontes e dos fóruns que o habilitarão a dialogar com a vanguarda científica e, eventualmente, integrá-la, contribuin-do com as suas próprias pesquisa e reflexão.

A quarta finalidade do livro – e isso constitui, para os leitores lusófonos, motivo de especial relevância – é a de evidenciar como é natural, óbvia até, a utilização da terminologia e dos conceitos da Análise Económica do Direi-to por juristas da tradição do “Civil Law”. Não é o primeiro livro a fazê-lo, mas é certamente aquele que empreende essa convergência de modo mais completo e convincente, defrontando sistematicamente todos os recantos da teoria e da prática daquela tradição, removendo, um a um, os postos frontei-riços da dogmática reinante.

De facto, uma das resistências mais enérgicas e persistentes que os juris-tas do “Civil Law” têm erigido ao avanço da Análise Económica do Direito é a de caracterizarem esta como alienígena e a de assumirem, concomitan-temente, uma declarada “xenofobia científica” que, entre muitas outras coi-sas negativas, escamoteia deliberadamente as visíveis convergências entre as famílias de “Civil Law” e “Common Law”. Hoje, o desenvolvimento da disciplina em países da “tradição continental” bastaria para demonstrar o contrário; mas, como dizíamos, será prova bastante, para esse efeito, este mesmo livro que o leitor tem em mãos.

Entre muitas outras que poderíamos enumerar, destaquemos por fim uma quinta finalidade para o livro de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau: a de servir de referência tanto para investigadores como para práticos do Direito, na medida em que nele se contêm, de forma estruturada e logi-camente encadeada, as referências a casos, normas, decisões, argumentos, teorias, publicações, que, alimentando a investigação que alicerça a Análise Económica do Direito, podem constituir bases para o trabalho de investi-gadores, facultando-lhe os trilhos a serem seguidos para o início de novas descobertas, mas podem também fornecer ao prático do Direito, nas mais diversas profissões jurídicas, elementos compactos e cientificamente enqua-drados que permitam iluminar conexões, vencer impasses dogmáticos, en-riquecer argumentos e decisões, e suscitar e sustentar diálogos, nacional e internacionalmente.

Seja como for, o leitor mais atento não deixará de perceber, no meio de uma construção que vai didacticamente do mais simples ao mais complexo, e modestamente não deixa de apresentar-se como um simples esforço de adequação de tópicos da microeconomia “clássica” às categorias jurídicas tradicionais, a arquitectura de um novo cânone para o Direito, assente numa consideração de interesses individuais e sociais não intermediados, ou “fil-trados”, pela dogmática tradicional, antes mais abertos ao utilitarismo e ao pragmatismo que presidem as sociedades abertas, materialistas e agnósticas, como as nossas tendem a ser (por muito que lamentemos não viver em so-ciedades ideais).

Que o leitor não se deixe enganar pela simplicidade com que dois talen-tosos e muito experientes autores conseguem “domar” esta jovem e ambi-ciosa abordagem: o que está em causa pode ser, a prazo, um entendimento radicalmente diferente do que é o Direito, e daquilo para que o Direito serve, como ciência e como prática social.

Permita-se-me encerrar este prefácio com uma nota subjectiva: se eu de-vesse indicar apenas dois ou três livros de base para um curso de Análise Económica do Direito em nível graduado, ou se tivesse que elaborar uma lista de meia dúzia para um curso de Mestrado ou Doutorado, não deixaria – não deixarei – de indicar a esmerada tradução, da responsabilidade de Rachel Sztajn (ela própria a pioneira da Análise Económica do Direito em língua portuguesa), desta magnífica obra de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau.

Ao leitor que vai iniciar a leitura, e em especial àquele que vai iniciar-se, com ela, na Análise Económica do Direito, votos de muita sorte e de muito proveito. O caminho é árduo, não obstante a excelência do guia, mas a grati-ficação é para a vida inteira. Como é próprio de uma Ciência.

Fernando Araújo

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Introdução

> *"[...] não se encontra aqui nenhum fato inédito, não importa em que livro de história. Minha úni-ca ambição foi tratar esses fatos sob nova luz."*
> ***Baechler 1971, 9-10***[1]

1. Há limites para a lei ou tudo lhe é permitido?

1 "[…] o parlamento pode tudo, exceto transformar uma mulher em ho-mem e vice-versa", dizia De Lolme, ao final do século XVIII.[2] Pretendia enun-ciar, com essa frase, a supremacia do parlamento inglês em relação a qualquer outro poder, notadamente o do rei e o dos tribunais. O princípio não é tão absoluto quanto se pretendia há dois séculos. Os direitos fundamentais con-sagrados nas constituições, nas regras, nos tratados internacionais e aplicados pelos tribunais, limitam o poder do legislador.

1. Em relação às obras mencionadas no texto usando apenas o nome dos autores, seguidos de data, o texto integral da referência está na Bibliografia ao final da obra.

2. *Constituição da Inglaterra ou Estado do governo inglês comparado com a forma republicana e com outras mo-narquias da Europa* – Genève, em Barde, Manget et Cia, 1790, t. 1, c.IX, p. 126, nota. A versão francesa foi publicada em Amsterdam, em van Harrevelt, em 1771. Na versão inglesa, "porque é princípio fun-damental com advogados ingleses, que o Parlamento pode fazer tudo, excepto tornar uma Mulher em Homem, ou Homem em Mulher", de Lolme. *A Constituição da Inglaterra*, Londres, Robinson & Murray, 1784 (4. ed.) (livro 1, c X, p. 134, nota) citado por Dicey, 1915,5. Atualmente, o livro parece ter sido esquecido, apesar da grande influência à época, segundo Lacome, 1991, 172 e 284. O título da obra de Lolme é: Lolme, Jean-Louis de. *Constituição da Inglaterra ou Estado do governo inglês comparado com as outras monarquias da Europa*, Amsterdam, 1771. Edição ampliada e aperfeiçoada inglesa foi publicada em 1772 (Enciclopédia Britânica, 1946 V, Delolme) A versão francesa está disponível em: <http://books.goo-gle.com/books?id=45aVC1xGJZcC&pg=PA126&vq=Parlement+peut+tout+faire&dq=de+Lol-me+Constitution+d'Angleterre&hl=fr#PPA126,M1>. O texto em inglês está em: <http://books.google.com/books?id=mvsFAAAAQAAJ&dq=de+Lolme+The+Constitution+of+England&p-g=PA1&ots=_NTr4lUv6x&sig=QLhuWUg0SBMC7JE0-W9C6AyLl3Q&prev=http://www.google.com/search%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Dfr-fr%26q%3Dde%2BLolme%2BThe%2BConstitu-tion%2Bof%2BEngland%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8&sa=X&oi=print&ct=result&cd=-1#PPA1,M1>.

2 A expressão permite leitura diferente; a que pretende que, na verdade, a lei pode tudo. Bastaria a lei para criar situação social desejável. Atualmente, observando a crescente produção legislativa, não é possível duvidar que esta segunda leitura inspira os titulares do Poder Legislativo. Que o direito esteja imbuído, conforme expressão de Malaurie e Aynèsm, de "um positivismo ar-rogante abaixo da disputa", se presta à sua função.[3] Até mesmo a denomina-ção das leis permite suspeitar que os cidadãos visados não participam do jogo completamente. A lei nem sempre produz os efeitos pretendidos.

2. EXEMPLO: SALÁRIO-MÍNIMO GARANTIDO

3 Para explicar a ideia, examina-se o caso do salário-mínimo garantido, que corresponde, na França, ao SMIC.[4] A origem desse salário provém da desola-dora observação de que certas pessoas, dado o montante que recebiam, não viviam com dignidade. Pretendeu-se remediar a situação mediante a aprova-ção de leis que determinavam aos empregadores o pagamento de um salário-mínimo a todos os empregados.

4 A intenção era generosa: ajudar os mais pobres. Qual foi o efeito? Aque-les que empregavam pessoas que recebiam valores inferiores ao mínimo salarial demitiram algumas delas ou contrataram número menor de novos empregados. Em alguns setores, a contribuição de certos assalariados para a produção – o que fixa o salário que a empresa pode pagar – não era suficiente para cobrir o mínimo. Em muitos casos, não todos, trata-se de atividades de subsistência.

5 Ainda que as autorizações para criar empresas sejam controladas, o pro-blema não se resolve. Diante da hipótese de ter mais empregados não demis-síveis, e que recebem salário "muito" elevado, a empresa "marginal" corre o risco de cessar suas atividades, ou automatizá-las, contratando empregados mais qualificados e em menor número. No longo prazo, haverá menos postos de trabalho, provavelmente mais bem remunerados e para pessoas mais bem qualificadas.

6 Quais são as pessoas afetadas? Sobretudo jovens que ingressam no mer-cado de trabalho sem terem, ainda, experiência, e, em certos casos, mulheres que retornam às atividades depois de longa ausência, período em que cui-davam da família (filhos pequenos). O salário-mínimo, nesses grupos, cria desemprego e, eventualmente, os estimula a procurar trabalho não sujeito à restrição no mercado "cinza" ou "negro".

7 É possível confirmar hipótese já bastante analisada. Para Québec, estu-do dos anos 1990 concluiu que a alta de 10% no salário-mínimo levou ao

3. Malaurie 1991, 9.
4. Salário-mínimo interprofissional de crescimento.

aumento do desemprego, da ordem de 1,3%,[5] entre jovens e mulheres. Nu-merosos estudos nos Estados Unidos da América e em outros lugares chega-ram a resultados comparáveis.[6] Observa-se, por exemplo, que no início dos anos 1950 o desemprego entre jovens, tanto negros quanto brancos, era da ordem de 10%, em comparação com 4% para o conjunto de trabalhadores. A diferença não surpreende, considerando-se que o primeiro grupo entra no mercado de trabalho sem experiência. O salário-mínimo aumentou rapida-mente ao longo dos anos 1950 e, regularmente, depois. Atualmente, a taxa de desemprego é de 15% a 20% entre jovens brancos e de 35% a 45% entre jovens negros.

8 Um salário-mínimo muito elevado impede que esses jovens adquiram ex-periência ou formação prática na empresa mediante aceitação temporária de salário mais baixo, na expectativa de, em seguida, receberem salário melhor. Não é necessário insistir a respeito do efeito desmotivador do desemprego prolongado e das tensões que pode gerar. Isso é especialmente evidente ao longo dos dois últimos decênios do século XX na comunidade negra dos Es-tados Unidos da América. Alguns “desistiram” de vez. Claro que esse não era o efeito que se desejaria.

9 Se aumentos do salário-mínimo provocam efeito deletério, não inves-tigados, mas previsíveis, por que se persiste em votá-lo regularmente?[7] A ignorância não pode ser a explicação.

5. Cousineau 1991; Migué 1979, 73-82. Importa precisar que o salário-mínimo não é mais o único fator que afeta o desemprego. A legislação antidiscriminação e a rigidez da legislação trabalhista em matéria de demissão e a imposição de conjunto de benefícios sociais operam no mesmo sentido. Ver Palda 1998, Quadro 8.

6. Os estudos indicados pelos Friedman demonstram o efeito particularmente nefasto que a medida tem sobre os jovens negros, para os quais a taxa de desemprego chega, atualmente, ao dobro da dos brancos de mesma idade, enquanto que essas taxas eram quase idênticas no início dos anos 1950. Friedman/Friedman 1980, 237-238; amostra de múltiplos estudos sobre os efeitos de aumento do salário-mínimo. Hirshleifer 1984, 350-355; Rhoads 1985, 102; Deere et al. 1995a, 232-237; Deere et al. 1995b, 2-28; Lal 1995; Becker 1996; *The Minimum Wage Debate* (numéro spécial) 1997; Kennan 1998; Laroque/Salanié 2000. *Le Figaro* (Caderno de economia de 29 de junho de 2000, 1) informa que o INSEE alertou para o fato de que aumento de 10% do salário-mínimo destruiria, no médio prazo, 290.000 empregos; Groulx 2005; Elgrably 2006, 149-168; Neumark/Wascher 2007 (survol).

7. O salário-mínimo em Québec foi aumentado em 1º de outubro de 1992 de $ 5,55 para $ 5,70. Esse aumento de 2,7% ultrapassou a taxa de inflação, que era de 2%. A taxa de desemprego em Québec, em 1992, era de cerca de 12%. Depois, o salário-mínimo passou a $ 6,70 em 1996, a $ 6,80 em 1997 e a $ 6,90 em 1998. Palda 1998 demonstra (quadro 8) que a relação do salário-mínimo em relação ao produto interno bruto de Québec passou de 47% em 1989 para 55% em 1997. O desemprego ficou em 11,4 % em Québec em 1997 e em 10,4 % em 1998 (Institut 1999, 13, 14). A taxa de desemprego baixou em Québec e estava ao redor de 7,1%, no segundo trimestre de 2007 (<http:// www.stat. gouv.qc.ca/princ_indic/tchomag.htm>), o que corresponde a 1% mais do que a média do Canadá (<http://www1.servicecanada.gc.ca/fr/ab-tno-nu/imt/Rapports/calglfs. shtml>).

Em maio de 2007, o salário-mínimo foi fixado em $ 8,00 em Québec, nível idêntico ao da Colúmbia Britânica, de Manitoba e Ontário (<http://www.eridlc.com/hr-laws/ index.cfm ?fuseaction=hrlaws. minimum&country=canada>).

10 Evidentemente, há ligação entre tais benefícios e sua natureza de auxílio social. Na medida em que ocorrem tais aumentos, alguns empregos, aqueles cujos salários são mais baixos, deixam de ser atraentes: por que se esforçar para receber montante que se pode obter sem esforço? A dignidade da pessoa, a "ética do trabalho" não resistem, de forma sistemática e permanente, a essa lógica. O efeito será provocado, claro, aumente-se, ou não, o salário-mínimo.

11 Demais disso, certos grupos ganham quando tais empregos de salários mais baixos desaparecem. Esses grupos são os dos trabalhadores "organiza-dos", de regra, e na maioria, sindicalizados. Após o aumento do salário-mí-nimo, há menos postos de trabalho disponíveis, conquanto os salários dos que estiverem empregados sejam mais altos. O aumento, demais disso, tem importante efeito indireto. Como se torna relativamente mais oneroso empre-gar pessoas com formação precária, torna-se mais interessante automatizar a atividade e empregar pessoas mais bem instruídas (no sentido de qualifi-cadas). Essas se beneficiam da menor concorrência de trabalhadores menos qualificados e acabam por receber salários mais altos e ter maior garantia de emprego. É por isso que o aumento do salário-mínimo interessa aos sindica-tos. Efetivamente, esses, os sindicatos, estão entre os mais fervorosos defen-sores de aumentos do salário-mínimo.[8]

12 Subsequentemente, a questão do salário-mínimo se manifesta no merca-do de trabalho, que se transforma em "mercado político". Se alguns grupos ganham, e outros perdem, em razão de uma medida legislativa, trata-se de saber quem tem acesso aos políticos. Não há dúvida de que, sob esse aspecto, os sindicatos superam os desempregados não organizados, os quais sofrem o contragolpe do aumento do salário-mínimo.

13 O debate não está posto em termos de interesses dos dois grupos, mas se apresenta como questão de justiça social ou de solidariedade. Conhecendo o real efeito do aumento do salário-mínimo conviria indagar por que é preciso ser solidário com os trabalhadores organizados e não com os demais. Vê-se, de toda forma, que uma "causa" de interesse geral é utilizada como cobertura para a busca de interesses particulares.

13a. Nota da tradutora: A recente aprovação da PEC 66/12 (proposta de emenda constitucional), que estendeu a empregados domésticos os mesmos direitos predispostos para trabalhadores da indústria e do comércio, tem pro-vocado insegurança, e, dizem alguns, no médio prazo a tendência será o de-saparecimento dessa profissão. O Congresso, depois de alardear a bondade, vista como a segunda abolição da escravatura no Brasil, se dá conta de que famílias não geram lucros e, portanto, os encargos impostos pela nova legis-lação, como, por exemplo, multa de 40% sobre o saldo do FGTS no caso de dispensa sem justa causa (que aliás não se sabe como será avaliada), podem onerar demasiadamente o orçamento familiar.

8. Hirshleifer 1984, 355.

Como configurar justa causa numa relação em que tende a prevalecer a pessoalidade? Mais, o controle da jornada de trabalho – assinatura em livro--ponto, por exemplo – se não houver, seja na entrada ou saída, terceiro para certificar a exatidão, serve a quem ou a quê? E como demonstrar que a justa causa tem fundamento em desídia, falta de cuidado com bens de propriedade da família (quebra ou destruição de louças, móveis, ou outros bens?).

Confiança resulta de reiteração de relações interpessoais de sorte que, havendo potencial ameaça de recurso à Justiça, os custos de prevenção, à falta de provas cabais, aumentam. De outra forma, aumentam os custos de transa-ção, o que tem levado à oferta de terceirização desses serviços.

Ao incluir as babás e cuidadores de idosos entre os beneficiários da nova lei, como compatibilizar a jornada de 44 horas semanais com suas atividades? E o cálculo do adicional noturno (e talvez, até, de periculosidade) como será feito? Qual o número de cuidadores de crianças (babás) ou idosos necessário para atender a esses grupos?

A redução das contribuições previdenciárias poderá, futuramente, gerar dificuldades para o pagamento de aposentadorias?

3. COMPREENDER O DIREITO

14 O exemplo do salário-mínimo garantido lembra aos juristas que “o di-reito, como o idioma, nada mais é do que ferramenta que o homem pode modelar a seu prazer”.[9] Os cidadãos não ficam passivos diante da mudança de regras às quais são submetidos. A mudança da regra levará qualquer um a in-dagar se deve adaptar seu comportamento e, em caso afirmativo, em que dire-ção. É que a regra de direito não controla, diretamente, o comportamento das pessoas. Fá-lo, apenas, quanto às consequências de suas ações. As pessoas continuam livres para reagir como entenderem e não, obrigatoriamente, no sentido desejado pelo legislador, assumindo, claro, as consequências. Adam Smith o percebeu, e escreveu que “[sobre] o grande tabuleiro de xadrez da sociedade humana, cada peça tem seu próprio princípio de movimentação, in-teiramente diferente daquele que o legislador desejaria ter-lhe imprimido”.[10]

15 Entender o direito implica entender o movimento próprio das “peças” que é programado para reger. É preciso, ainda, conhecer o ser humano e com-preender suas interações com os demais. De supor, num primeiro momento,

9. “*Law, like language, is not a gadget that a man can contrive at will.*” Leoni 1991, 218. “A lei, como a linguagem, não é um brinquedo que o homem possa modificar como quiser.”

10. “*[I]n the great chess-board of human society, every single piece has a principle of motion of its own, al-together different from that which the legislature might chuse to impress upon it*” Smith 1790, 234 (Parte VI, secção II, cap. II *in fine*). “Em um grande tabuleiro de xadrez da sociedade humana, cada peça tem uma regra de movimento própria, completamente diferente daquela que a legislatura poderia escolher para impor.”

ser possível prever os efeitos essenciais de uma nova lei e entender por que não atinge os objetivos previstos. No exemplo do salário-mínimo garantido, o aumento dos salários levaria os empregadores a contratar menos pessoas, o que ampliaria o desemprego global.

16 Levar em conta os efeitos, notadamente os que se afastam do que seria desejável, nos conduzirá, num segundo momento, a indagar a respeito das razões que fazem com que, regularmente, se aprovem aumentos do salário--mínimo. No exemplo acima, isso quer dizer que seria necessário analisar mais de perto como as leis são votadas, abandonando a premissa segundo a qual o Congresso age apenas como expressão do interesse geral, sem se ocu-par de interesses específicos.

17 Em terceiro lugar, a análise dos efeitos de uma nova regra nos leva a estudar o papel das instituições existentes para compreender a "sabedoria coletiva" que incorporam. No caso do salário-mínimo garantido, indaga-se a respeito do papel dos salários (e de outros preços): em geral, constituem sinais, indicando aos assalariados o interesse em atuar em setor determinado e aos empregadores o custo de contratar esse empregado para a produção de um dado bem ou serviço (em oposição a produzi-lo de forma diferente e da possibilidade de produzir outra coisa). Uma intervenção no preço, as-sim a fixação do salário-mínimo garantido, reorienta as decisões dos que os entendem como sinal. A experiência dos antigos países socialistas evidencia as enormes repercussões, geralmente nefastas para os cidadãos comuns, da fixação arbitrária de preços. Os processos mediante os quais os preços são determinados, e as instituições que pressupõem – notadamente a ordem pú-blica, a repressão à fraude, a propriedade, os contratos, a moeda – englobam sábio conhecimento dos perigos que o jurista ignoraria para a sociedade civil.

4. O DIREITO E A CIÊNCIA ECONÔMICA

18 A análise econômica do direito propõe releitura do direito sob esta ópti-ca. Essa releitura recorre ao que denominamos "ciências auxiliares" do direi-to. Deixemos a raposa entrar no galinheiro, uma vez que o "*postulado dessas ciências auxiliares* é [...] que os fundamentos do direito, se os houver, estão fora do direito", e que o jurista "procura saber se em direito, seu próprio direito positivo" está fundado?[11] O perigo que deve ser apontado é que, por vezes, se propôs ao jurista, a partir de conhecimentos extraídos das ciências sociais, receitas desastrosas. Veja-se a experiência do "*busing*" nos Estados Unidos da América.[12] Acreditando que a mescla social equilibrada, notadamente a racial, entre classes melhoraria o aprendizado das crianças provindas de camadas

11. Rémy 1991, 151 e 152.

12. Bénéton 1983, 26, 32-33, 42. Sobre as conclusões estatísticas falsas: Sowell 1984, 128-

desfavorecidas, os tribunais obrigaram as comissões escolares a cessar a discriminação e, para atingir esse fim, a adotar programas de transporte obriga-tório. O "*busing*" atraiu o opróbrio de 77% dos norte-americanos (pesquisa Gallup em 1971),[13] fomentou o antagonismo racial e nada fez para melhorar os resultados escolares dos jovens negros.[14]

19 Reconhecer o perigo de recorrer às ciências sociais não quer dizer renun-ciar a elas. É preciso que as escolhas garantam justiça e solidez para as teorias às quais nos propusermos a aderir. Seria, portanto, insensato privar-se de sua colaboração. As ciências sociais podem oferecer ao jurista um mínimo de co-nhecimento sobre a ação humana de forma a, sutilmente, refinar sua intuição.[15]

20 Faz-se, neste livro, leitura do direito inspirada em conceitos econômi-cos. Nos Estados Unidos da América, essa leitura é objeto de uma corrente intelectual denominada "*análise econômica do direito*" ou, ainda, "*direito e eco-nomia*". Não se trata de direito econômico, no sentido que se dá à expressão na França (ou no Brasil), que reúne áreas como a regulação das atividades "econômicas", em sentido tradicional: bancos e moeda, concorrência, con-trole do comércio exterior, regulamentação de profissões, regime de direito público e controle de empresas privadas prestadoras de serviços considerados de utilidade pública.[16]

21 A análise econômica do direito é mais ambiciosa. Parte da premissa de que os instrumentos de análise que podem ser utilizados para compreender o "direito econômico" são, igualmente, aplicáveis a outros ramos do direito. Propõe, então, a partir da concepção do ser humano e de suas relações com os outros, a releitura do direito. Procura atualizar "a economia do direito".[17] Para explicar o propósito da análise econômica do direito, nada melhor do que a frase do célebre jurista belga, Monsieur Mertens de Wilmars, para quem "bom número de instituições jurídicas clássicas, assim o usufruto, a acessão ou a cláusula de reserva de domínio, nada mais são do que uma regulamenta-ção de relações econômicas subjacentes. Todavia, como estão profundamente ancoradas no direito positivo, não as percebemos senão como conceitos jurí-dicos, sem nos darmos conta de seu significado econômico [...]".[18]

22 A análise econômica do direito retoma a razão de ser das instituições jurí-dicas. Postula terem racionalidade subjacente uniforme e propõe ferramentas conceituais para atualizá-las. A análise econômica do direito não se limita aos

13. Relatado por Bénéton 1983, 32.

14. Sowell 1980, 300, um afrodescendente, afirma que não há nem houve "ganho social, ganho em termos das metas definidas". ("No social gain in terms of the avowed goals.")

15. Elster teve a ideia de escrever pequeno texto sobre tais conhecimentos (Elster 1989b).

16. Sentido empregado por Farjat 1982, 2004. Ver Mackaay 2005.

17. Lemennicier 1991; Kirat 1999.

18. Mertens de Wilmars 1972, 285 (tradução).

aspectos "econômicos" em sentido estrito, o que se refere a comércio, moeda, bancos e concorrência. Não prioriza o emprego da relação custo-benefício presente nas decisões judiciais ou administrativas. Ao revés, pretende expli-citar a lógica, nem sempre consciente de quem decide, e que não se traduz, expressamente, nos motivos das decisões. Nisso a análise econômica do direi-to concorre, nos sistemas civilistas, para nobre missão da doutrina. A de des-vendar e exprimir a ordem subjacente nos textos de direito positivo visando a permitir sua melhor compreensão pelos juristas e, através da interpretação dos conceitos, estender essa lógica a eventuais novas disputas.

5. HISTÓRIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

23 A análise econômica do direito tem história interessante, a respeito da qual serão apresentados alguns tópicos. A ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreender o direito não é nova. Remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke, bem assim aos filósofos escoceses do Século das Luzes.[19] Na Europa, no século XIX, ocorreu movimento para reunir direito e economia.[20] O atual movimento tem origem norte-americana. É, sem dúvida, a corrente intelectual que, nos últimos 50 anos, mais influenciou o mundo jurídico nos Estados Unidos da América.

24 O movimento atual liga-se a duas correntes antecedentes. A primeira é a econômica denominada, talvez pejorativamente, de *imperialismo econômico*,[21] que desde os anos 1950 usa ferramentas de análise econômica fora do campo tradicional da ciência econômica: fenômenos políticos, discriminação, família, relações não de mercado, e outras.[22] A outra é o movimento jurídico dito *realis-mo jurídico* (*legal realism*), que se manifestou entre as duas guerras, e cujos segui-dores consideravam que "a ciência econômica e a sociologia eram não apenas disciplinas conexas, mas que, de alguma forma, faziam parte do direito".[23]

19. Ver Mackaay 2000a.

20. Pearson 1997.

21. Ver Boulding 1973, 11: "*there have been successful attempts to apply this framework to the larger field of all social and political relations. I have sometimes called this movement 'economic imperialism' because there are times when it looks like an attempt on the part of economics to take over all the other social sciences*"; ver também Brenner 1980, 179; Radnitzky/Bernholz 1987. "Houve tentativas bem-sucedidas de aplicar essa moldura a todas as relações sociais e políticas. Denominei esse movimento, algumas vezes, de "imperialismo econômico", porque há ocasiões em que se assemelha a uma tentativa da economia de dominar todas as demais ciências sociais"; ver também Brenner 1980, 179. Radnitzky/Bernholz 1987.

22. McKenzie/Tullock 1981.

23. Gilmore 1977, 87: "*The Realists talked of economics and sociology not merely as allied disciplines but as disciplines which were in some sense part and parcel of the law*". Sur le mouvement réaliste en général, voir Twining 1973. Twining relève aux pages 63-64 et 75 l'intérêt des "réalistes" pour la recherche "empi-rique" (*scientific gathering of facts*). "Os Realistas discutiam economia e sociologia naõ simplesmente como disciplinas aliadas mas como disciplinas que de alguma forma integravam e eram parte do direito". Sobre o movimento realista, ver Twining 1973. Twining, nas páginas 63-64, e 75, demonstra o interesse dos "realistas", na pesquisa "empírica" (*reunião cientítica de fatos*).

25 Observam-se quatro fases no desenvolvimento da análise econômica do direito nos Estados Unidos da América: lançamento (1957-1972), aceitação do paradigma (1972-1980), debate sobre os fundamentos (1980-1982) e o movimento ampliado (a partir de 1982).[24] A partir de 1975, o movimento apa-rece fora dos Estados Unidos da América. A recepção teve reações favoráveis
e desfavoráveis, o que merece ser apontado na medida em que incidem sobre
a propagação de ideais no meio jurídico.

a. *O lançamento entre os economistas (1957-1972)*

26 No final dos anos 1950, muitos economistas tentavam aplicar seus con-ceitos e métodos a questões até então consideradas fora da sua disciplina. Em 1957, Downs formula uma teoria econômica da democracia[25] e, no mesmo ano, Becker sustenta importante tese sobre a economia da discriminação.[26] Em 1962, Buchanan e Tullock adotam linha de estudos de política mediante análise econômica relacionada à forma de tomada de decisão pelo parlamento, pondo em evidência como se votam programas que favorecem apenas uma minoria.[27] Em 1965, Mancur-Olson publica sua análise da lógica da ação co-letiva.[28] Existe problema de ação coletiva sempre que um resultado não possa ser alcançado senão mediante a participação de quase todos os interessados, mas que, uma vez atingido, serve a todos, mesmo àqueles que não participa-ram. É grande, portanto, a tentação da "carona" sobre os esforços dos outros. Os exemplos são abundantes. Uma greve só produz efeitos se todos os tra-balhadores dela participarem, mas cada um prefere continuar a trabalhar se souber que os demais farão greve. Outro exemplo. Todos concordam que é preciso limitar a pesca para evitar a extinção de espécies de peixes; uma vez aprovadas as restrições, cada um tem interesse em enganar, o que leva, exata-mente, ao efeito que se desejara evitar.

27 Avanço importante vem da Universidade de Chicago. A partir de 1958, é publicada uma nova revista, o *Journal of Law and Economics,* que se tornará
o veículo para difundir as incursões dos economistas na área do direito. O ponto de partida é o artigo de Ronald Coase sobre o custo social, publicado em 1960, que lhe valeu o prêmio Nobel em 1991.[29] Se a ação de A tem efeitos

24. Ver a nota muito boa de Barnett 1984, 1225-1236. Johnston 1990 faz boa avaliação do recente desenvolvimento da análise econômica nos Estados Unidos da América; A história da renovação da ciência econômica nos Estados Unidos, de onde surgiu a análise econômica do direito, foi admira-velmente bem resumida na segunda edição do capítulo de Lepage 1978, 61 s. Ver também Mackaay 1986, 2000a e b.

25. Downs 1957.

26. Becker 1957. Becker recebeu o prêmio Nobel em 1992.

27. Buchanan/Tullock 1962.

28. Olson 1965.

29. Coase 1960.

indesejáveis sobre B, sem que A os sinta, o conhecimento vigente entre os economistas, e que Coase prende a Pigou,[30] considera que se produz uma "externalidade", isto é, um descompasso entre o custo privado, de A, e o "custo social". Esse descolamento enseja a má alocação de recursos. O custo pago por A por sua atividade é muito barato. Torna-se essencial corrigir essa má alocação. Papel que caberia ao governo.

28 Para Coase, tal análise não aprofunda a questão. O problema, segundo ele, está mal posto. Não há, necessariamente, má alocação, porque as pessoas afetadas podem, contratualmente, dispor a respeito dos ônus de sua intera-ção, se isto lhes for conveniente. B, que deve suportar o ônus da externalidade causada por A, pode compor-se com este e pagar-lhe para prevenir a exter-nalidade. Se A pode suportar o ônus melhor do que B, essa opção será, para B, menos onerosa do que assumir o ônus da externalidade. Um acordo nesse sentido é, pois, interessante, ou, se se preferir, proveitoso – para as duas partes. Se não houver acordo, ainda que proveitoso para ambos, é preciso analisar os fatores impeditivos. Coase propõe para esse fator a expressão *custo de transação.* O estudo dos custos de transação se converteu em um dos pilares da análise econômica do direito.

29 Alchian, Demsetz, Furubotn e Pejovich publicam, ao longo dos anos 1960, textos sobre o papel da propriedade, tomado em sentido amplo de di-reito de controle sobre um recurso escasso.[31] Henri Manne aplica essas ideias ao direito das sociedades comerciais.[32] Cheung analisa o papel e a natureza dos contratos num mundo caracterizado pela incerteza.[33] Calabresi publica série de estudos sobre acidentes. O direito da responsabilidade civil extracon-tratual pode, segundo ele, ser analisado de forma proveitosa, como se visasse
a minimizar os custos resultantes de acidentes.[34]

30 No conjunto, o período inicial provoca impressionante relação mútua en-tre pequeno grupo de pesquisadores diante da descoberta de uma nova ferra-menta, uma anarquia benigna. Os participantes são, com exceção de Calabresi e Manne, economistas.

b. O paradigma aceito pelo direito (1972-1980)

31 Os esforços para levar o debate para o campo dos juristas deram-se no final dos anos 1960. Henri Manne organiza seminários de verão para profes-sores de direito tomarem contato com essas novas ideias e com os necessários

30. Pigou 1932, 183 (citado por Coase 1960, nt. 35).
31. Alchian 1965; ver artigos reproduzidos em Furubotn/Pejovich 1974 e Manne 1974.
32. Manne 1965, 1966a e b, 1967.
33. Cheung 1969a e b, 1970.
34. Os primeiros artigos são de Calabresi 1961 e 1965.

fundamentos de microeconomia. Aparecem os primeiros esforços de síntese. Em 1970, Calabresi publica seu estudo intitulado *The cost of accidents* (*O custo dos acidentes*).[35] Tullock tenta síntese mais ampla, em 1971, sob o título *The Logic of the Law* (*A lógica da lei*),[36] sem ressonância.

32 A real percepção ocorre em 1972, com a publicação de obra redigida por um professor de direito, cobrindo, de maneira acessível aos estudantes de direito, quase todo o direito (e também, dizem as más línguas, a seus pro-fessores). Esse livro é *Economic analysis of law* (*Análise econômica do direito*), e o autor, que vai dominar o movimento ao longo dos dez anos seguintes, Richard A. Posner.[37.]

33 As faculdades de direito mais dinâmicas rapidamente se atualizaram, e, nos anos seguintes, são publicadas coleções de textos de análise econômica do direito especificamente elaborados para o ensino do direito.[38] As análises se estendem a todas as áreas do direito. Juristas – ao menos a minoria desper-tada – ficaram fascinados por essa ferramenta simples e de bom desempenho, como parece ser a análise econômica. Acreditam desenvolver nova teoria do direito. Novo veículo vem acentuar essa óptica, o *Journal of Legal Studies* (*Re-vista de Estudos Jurídicos*), de que Posner é o primeiro editor.

34 Inúmeros artigos são publicados. Em dez anos, mais de mil.[39] Seja para precisar ou aprofundar as ideias intuitivas dos pioneiros, formalizando-as ma-tematicamente, seja para explorar novas ideias. Nota-se a aceitação de um paradigma. Claro, há os discordantes, mas que não conseguem perturbar a harmonia.[40]

35 O movimento da análise econômica do direito se impôs, em poucos anos, nas melhores faculdades de direito norte-americanas, como uma corrente de pensamento de primeira importância, e até como principal fonte de reno-vação da teoria do direito. A maior parte das faculdades de direito oferece cursos usando a análise econômica do direito. Até cursos clássicos, como, por exemplo, sobre bens (*property*), obrigações (*contracts)* e responsabilidade (*torts*), foram modificados, e os professores que os ministram acreditam que não é possível limitar-se ao direito positivo, mas ser necessário dar aos alunos

35. Calabresi 1970 e, em 1978; Calabresi/Bobbitt 1978.

36. Tullock 1971.

37. Posner 1972; 2. ed., 1977; 3. ed., 1986, 4. ed., 1992b, 5. ed., 1998.

38. Furubotn/Pejovich 1974; Ackerman 1975; Manne 1974; Kronman/Posner 1979; Posner/Scott 1980.

39. Estimativa pessoal. Na bibliografia de Goetz (1984, 505 s.) encontraremos cerca de 800. Ver Veljanovski 1982.

40. O animador do grupo dissidente é Warren J. Samuels, à época redator do *Journal of Economic Is-sues*, cujos números de dezembro 1975 e março 1976 foram consagrados à Escola de Chicago, em boa parte à análise econômica do direito. Esses dois números foram publicados separadamente sob o tí-tulo *The Chicago School of Political Economy*, Association for Evolutionary Economics (Samuels 1976).

instrumentos – econômicos – para determinar se o direito está adequado para preencher sua função. Muitas faculdades de direito contratam economistas como professores, quer exclusivos, quer em parceria (*cross appointment*) com o departamento de ciências econômicas.

36 O conhecimento de economia tem valor ("*payante*") fora do meio univer-sitário. Na concepção de suas políticas, os governos se inspiram nisso, espe-cialmente na criação (ou extinção) de organismos de regulação. Os tribunais aceitam argumentos de natureza econômica apresentados pelos litigantes quanto aos efeitos quando das decisões tomadas.

c. Debate sobre os fundamentos (1980-1982)

37 O movimento da análise econômica do direito enfrenta o saber tradicional do jurista norte-americano. A reação se dá, no início dos anos 1980, sob a forma de colóquios para determinar, de maneira crítica, qual é, efetivamente, a con-tribuição da análise econômica para o direito. A pergunta fundamental é se, da perspectiva do conhecimento, ela constitui, como seus defensores apregoam, efetiva teoria do direito.[41] O debate é intenso. Posner se volta para a análise eco-nômica do direito. Enfrenta todos os adversários das mais diversas correntes; filósofos, jusnaturalistas, liberais, economistas da escola austríaca, economis-tas de perfil neoclássico que entendem que o modelo posneriano é simplista.

38 Central, no debate, é saber se a atribuição de direitos pode ser deduzida de considerações de eficácia ou se é necessário, para precisar a noção de efi-cácia, fixar previamente, ao menos, certos direitos fundamentais? Optando pela primeira corrente, pomo-nos sob óptica próxima do utilitarismo e nos expomos às objeções de quem se opõe a essa filosofia. A escolha entre a abor-dagem que permite ganhos para a coletividade mediante ganhos de alguns membros, embora com perdas de outros, implica saber como evitar o arbítrio ao compatibilizar os ganhos e perdas e escolher os ganhadores e perdedores? Posner tenta escamotear a dificuldade sustentando que os valores a serem maximizados são o produto social medido conforme a capacidade e a vontade de pagar das pessoas reveladas nas transações voluntárias. Mas essa astúcia não resolve a dificuldade porque a análise econômica, na maioria das vezes, consiste em determinar regras para situações em que os interessados não puderam contratar.

39 As hipóteses de responsabilidade civil extracontratual (em geral aciden-tes) realçam as dificuldades. Imagine-se, por exemplo, se numa piscina, um nadador, ao pular, fere outro que estava na água. Quem deve ter prioridade
e quem deve ser considerado negligente? Posner propõe adivinhar, nesses casos, como os interessados se comportariam se tivessem podido contratar:

41. (1980) 9 *Journal of Legal Studies* 189, (1980) 8 *Hofstra Law Review* 485 et 811, bem assim a respos-ta de Posner 1981a; (1983) 33 *Journal of Legal Education* 183.

um contrato hipotético. Implicitamente, tal contrato hipotético nos põe nova-mente perante a avaliação de utilidades de uns e outros.

40 Optando pela outra possibilidade, somos levados a sustentar que, à falta de acordo do interessado, nenhuma lesão, ou tentativa de dano a seus direi-tos, será admissível. O direito subjetivo fundamental tem preferência sobre (*trumps*) qualquer outro interesse. Essa a posição dos liberais, e, de alguma forma, a de Dworkin. Faz justiça à ideia da subjetividade última dos valores, mas impõe a unanimidade como regra de funcionamento de todas as institui-ções e obriga a considerar ilegítima a constrição exercida por uma autoridade em todos os casos em que sua ação não esteja suportada sobre a concordância de todos.

41 Tal concepção, qualquer que seja o atrativo no plano normativo, corre o risco de levar à indecisão[42] e não a uma fiel descrição do funcionamento corrente das sociedades atuais. No direito das atuais sociedades ocidentais, o exercício de direitos, mesmo os fundamentais, não pode ser, de forma alguma, restringido em nome de outros valores (o bem-estar de todos). Nenhum di-reito é absoluto nem escapa, completamente, a algum esquema de troca como proposto pelas concepções utilitaristas. A questão é saber quais os limites, por quem, e segundo que modalidades essas trocas podem ser realizadas.

42 Alguém ganhou o debate? Impossível dizer. Evidente que desapareceu a unanimidade do “paradigma compartilhado” dos anos 1970.

d. O movimento ampliado (após 1982)

43 As acaloradas discussões que ocorreram durante os debates sobre os fun-damentos estimularam o surgimento de outras escolas de pensamento a res-peito da análise econômica do direito.[43] Havia a corrente principal, ou Escola de Chicago, os institucionalistas e os neoinstitucionalistas, a Escola Austríaca, assim como a Escola ligada às normas sociais (associada especialmente a Ellickson e Eric Posner), as filiadas à *Behavioral Law and Economics* (direito e economia comportamental). A pluralidade de escolas (ou linhas de pensa-mento) deveria ter levado à fragmentação e, ao final, ao desaparecimento[44] do movimento. Alguns imaginaram poder prever tal desaparecimento – ob-servem-se seus votos – em 1980 por Horwitz,[45] depois, em 1989 por Fiss,[46]

42. Friedman 1987, 507.

43. Kirat 1999; Mackaay 2000b.

44. A edição de 2000 deste livro tratava do rompimento do movimento.

45. Horwitz 1980, 905 (“*law and economics, and especially that branch of the movement that claims for the law the job of perfecting or mimicking the market, seems to have peaked*”).(“direito e economia, e espe-cialmente o ramo do movimento que pretende que a lei tenha função para aperfeiçoar ou copiar o mercado, parece ter chegado ao topo”).

46. Fiss 1989, 245 (*“direito e economia [...] parece ter atingido o topo”*).

acompanhado, para contrastar, da previsão de um futuro róseo para a escola de *Critical Legal Studies.* A vantagem dessas previsões é que se prestam à re-futação. Para a análise econômica do direito, isso pode ser constatado desde 1991, por Duxbury[47] e, novamente, em 2007, com elegância em nota de pé de página de Posner.[48]

44 Nomeado juiz da Corte federal de apelações em 1981, Posner não deixou de publicar artigos e livros.[49] Concorrendo com sua introdução clássica, cuja terceira edição data de 1986, a quarta de 1992, a quinta de 1998, a sexta de 2003, e a sétima de 2007, em 1988 é lançado excelente texto de Cooter e Ullen, com segunda edição atualizada em 1996, terceira em 2000, quarta em 2003 e a quinta em 2007.[50] Nova revista, o *Journal of Law, Economics and Organization,* é lançada em 1985, na Universidade de Yale, sob direção de Oliver Williamson.

45 Williamson segue o ensinamento de Coase, estudando em que medida as organizações – empresas e outras – são escolhidas tendo em vista os arranjos por elas incorporados para minimizar os custos de transação.[51] É que há custos no uso do mercado, como observou Coase.[52] Por conta da base sobre as instituições, essa visão é, às vezes, denominada *neoinstitucionalista.* Abor-dagem similar, mas aplicada a questões históricas, foi publicada por Douglas North, prêmio Nobel em 1993.[53]

46 Além da corrente principal, surge outra, inspirada nos economistas da escola austríaca, Menger, Schumpeter, Von Mises, Hayek, Kirzner. O prêmio Nobel concedido a Hayek, em 1947, sem dúvida contribuiu para atrair a aten-ção sobre essa corrente. Essa escola acentua a subjetividade dos valores, a fundamental incerteza inerente a todas as atividades econômicas e parte da inviabilidade das economias planificadas e das sociais democracias asseme-lhadas. No plano econômico, essa posição privilegia estudos sobre a inova-ção, o empreendedorismo, ao invés dos equilíbrios econômicos que têm como ponto de partida os economistas neoclássicos. As consequências jurídicas dessa concepção parecem se associar, parcialmente, às conclusões dos neoins-titucionalistas. O professor Mario Rizzo, da *New York University*, em especial, procurou determinar os aspectos jurídicos da abordagem austríaca, e uma

47. Duxbury 1991, 311.

48. Posner 2007, xxii, n. 4.

49. Posner 1981b, 1988, 1990a et b, 1992a et b, 1995a et b, 1996a et b, 1998, 1999 e outros até o mais recente, de 2007; Posner/Silbaugh 1996; Posner/Parisi 1997. Ver <http://www.law.uchicago. edu/faculty/posner-r/ppw.html>.

50. Cooter/Ulen 1988, 1996.

51. Williamson 1985, 1986.

52. Coase, 1992, 434.

53. North/Thomas 1973; North 1981, 1990, 1999.

tese recente nos Países Baixos propõe revisão mais completa e em contraste com as lições de análise de inspiração neoclássica.[54]

47 Se à corrente liderada por Posner interessava o funcionamento do mer-cado, entende-se que, além do direito em vigor, é preciso estudar o mercado político. O interesse por esse mercado, o político, se manifesta no início dos anos 1960, com os trabalhos de Downs, Buchanan e Tullock e Olson. Daí de-riva a escola denominada de *public choice* (*escolha pública*), que, se atraiu cien-tistas políticos, não teve o mesmo resultado ante juristas. Apenas durante os anos 1980 é que se associaram a *public choice* e a análise econômica do direito.

48 Prêmio Nobel em 1988, Buchanan cria, na Goerge Mason University, um grupo de estudos autodesignado *economia política constitucional*. O propósito do grupo é pesquisar, conhecidos os efeitos perversos expostos pela *public choice,* arranjos constitucionais que garantam escolhas coletivas que, de forma a mais fiel possível, espelhem a vontade de todos os cidadãos, mais do que as de grupos determinados, majoritários, ou não.

49 No final dos anos 1990, aparecem muitos textos destinados a consolidar o conhecimento da análise econômica do direito, sob forma de enciclopé-dias,[55] dicionários[56] e obras coletivas contendo artigos clássicos.[57] Essas publi-cações mostram que a análise econômica do direito integra a doutrina jurídica nos países anglófonos.

50 Durante o primeiro decênio do novo milênio, nota-se progressiva inte-gração, na corrente principal, daquilo que pareceriam correntes dissidentes. A *behavioral law and economics* (*direito e economia comportamental*) assume a tare-fa de propor explicações para certas anomalias ausentes da corrente principal e das regras que impedem os agentes de se tornarem vítimas dos limites de sua própria racionalidade.[58] Em outras palavras, propõe alargar e enriquecer a análise econômica do direito. Recente obra coletiva sobre heurística assume a mesma tarefa.[59] O papel essencial das instituições para delimitar o espaço de escolha dos agentes econômicos, sobre o qual Coase, North e Williamson insistiram, é aceito pela corrente principal.

51 A concepção dinâmica da concorrência, o papel do empreendedorismo e da inovação, sobre os quais a Escola austríaca chamara a atenção, fazem parte da análise econômica do direito sob a perspectiva da principal corrente, como veremos nos capítulos sobre mercado e concorrência, propriedade intelectual e empresa. Durante o primeiro decênio, aumentaram, também, o número e

54. Ver Teijl/Holzhauer 1997.
55. Backhaus 1999, 2005; Bouckaert/De Geest 2000.
56. Newman 1998.
57. Posner/Parisi 1997; Samuels 1998a e b.
58. Jolls 2007.
59. Gigerenzer/Engel 2006.

a pertinência de estudos históricos[60] e empíricos[61] na área. A produção de textos ligados à análise econômica do direito persiste em ritmo crescente. Os debates críticos do final dos anos 1970 deram lugar à ampliação das bases e, dessa forma, do potencial da análise econômica do direito. Uma autora afirmou, em simpósio em homenagem a Guido Calabresi, que "[a análise econômica do direito] alcançou importância não superada por nenhuma ou-tra escola de teoria do direito",[62] acrescentando que "o movimento funciona melhor quando se abre, se amplia e se estende".[63]

e. Análise econômica do direito fora dos Estados Unidos

52 O movimento da análise econômica do direito precisou de algum tempo para ser aceito em outros países. Na Austrália, Canadá, Inglaterra e Suécia, o interesse se manifestou a partir da metade dos anos 1970.[64] Em 1981, na Inglaterra, foi criada a *International Review of Law and Economics* (*Revista Inter-nacional de Direito e Economia*).

53 Na Europa continental, o movimento parece ter sido recepcionado pri-meiro nos países de idioma alemão. A publicação de livro retomando, em tradução para o alemão, textos "clássicos"[65] norte-americanos despertou inte-resse. A partir de 1980, vê-se verdadeira explosão de livros e artigos que des-pertaram o entusiasmo dos norte-americanos ao longo dos anos 1970.[66] Em Flandres e nos Países Baixos, dá-se eclosão similar no final dos anos 1980.[67] No final dos anos 1990, uma série de publicações em italiano demonstra o interesse suscitado pela análise econômica do direito na Itália 1970.[68]

54 Promissor início deu-se na França na metade dos anos 1970. A princí-pio visava combater uma "econofobia generalizada".[69] Jacques Attalo e Marc

60. Ver, a título de exemplo, Rajan/Zingales 2004. (3 no ogiginal).

61. Ver, a título de exemplo, os estudos de Beny (2006, 2007) sobre o efeito de normas restritivas de transações de pessoas com conhecimento, sobre o nível de investimentos.

62. Bernstein 2005, 335 (Atingiu picos não superados por qualquer outra escola de filosofia).

63. Bernstein 2005, 335 (*Law and economics* opera melhor quando se abre, expande, estica).

64. Para o Canadá, ver, por exemplo, Breton, 1974, 1978 e Breton/Scott 1978; Cayne/Trebilcock, 1973; Mackaay 1980, 1982; Migué 1977, 1977a, 1979, 1979a; Trebilcock 1976; Trebilcock et al. 1978, 1982. Para a Ingleterra, ver por exemplo Burrows/Veljanovski 1981; Ogus/Veljanovski 1984; Veljanovski 1980, 1982.

65. Assmann et al. 1978. Ver a análise pouco otimista de Kirchner 1991, bem como a de Hertig (1991) e Weigel (1991) para a Suíça e Áustria.

66. Ver, por exemplo, Adams 1980, 1981, 2002; Behrens 1984; Lehmann 1983; Nagel 1989; Neu-mann 1984; Ott/Schäfer 1989; Schäfer/Ott 1986, 2000, 2004, 2005; Schüller 1983.

67. Ver Mackaay, 1991.

68. Por exemplo: Chiancone/Porrini 1997; Alpa et al. 1998; Pardolesi/Tassone 2003; Franzoni/Mar-chesi 2006; Cooter el al 2006a e b

69. Expressão empregada por Raymond Ruyer, em *Éloge de la société de consommation*, citada em Le-page 1978, 9.

Guillaume focaram esse ponto para atacar a nova economia norte-americana e indagarem a respeito de “desperdícios e alienação provocados por uma so-ciedade de consumo massivo”.[70] A nova economia norte-americana entrava na França pela excelente publicação de Henri Lepage e por coleção de arti-gos com organização de Jean-Jacques Rosa e Florin Aftalion.[71] Os autores dessa coleção ficaram conhecidos, ao depois, como os novos economistas (*nouveaux économistes*).

55 Os autores dessas obras visavam a dar ao leitor alguma “cultura econô-mica” necessária tanto para o debate político quanto para a análise econômica do direito. Por isso, tomaram partido sob o pretexto de que a teoria econô-mica não representava mais do que a ideologia da direita.[72] Pode ser que essa controvérsia tenha tornado a análise econômica do direito quase ignorada pelos juristas franceses por todo o decênio, apesar de ótimos trabalhos, no-tadamente de Christian Atias, em Aix,[73] e as profundas reflexões de Alain Strowed e Boudewijn-Bouckaert na Bélgica, publicadas na *Revue Interdiscipli-naire d’Études Juridiques*.[74]

56 Na França, a nova economia sobreviveu graças a cursos universitários de verão, a partir de 1978, sob a direção de Jacques Garello, organizados anual-mente em Aix. Tornaram-se local de encontro dos francófonos interessados na nova economia e campos conexos como a análise econômica do direito. Tem início, em 1990, sob direção de Jean Pierre Centi, na Universidade de Aix-Marseille-III, a publicação do *Journal des Économistes et des Études Humaines*
(Revista dos Economistas e dos Estudos Humanos). A revista se dedica a questões de economia política no sentido próprio e abrange, parcialmente, a análise econômica do direito.

57 A análise econômica do direito ganhou certo respeito na França, com a criação, em 1991, do programa Erasmus, focado nesse campo e que reúne as universidades de Gand, Aix-Marseille-III, Hamburg, Madrid, Manchester, Oxford, Paris-Dauphine, Rotterdam. Fruto desse programa tem-se bibliogra-fia, bastante completa, de análise econômica do direito sob responsabilidade de Boudewijn-Bouckaert e Gerrit De Geest.[75]

58 Existem, atualmente, sinais de que essa leitura do direito vem sendo aceita pelos juristas franceses. Em interessante obra anglo-francesa de direito comparado sobre fundamentos do contrato, encontram-se muitas remissões

70. Attali/Guillaume 1974, 6.

71. Lepage 1978, 1980; Rosa/Aftalion 1977.

72. Andreff et al. 1982.

73. Atias 1987.

74. Bouckaert 1987; Strowel 1987.

75. Bouckaert/De Geest 1992. A nova edição, totalmente revisada e ampliada, está disponível na Internet: Bouckaert/De Geest 2000.

à análise econômica do direito, conquanto sejam apenas da lavra dos parti-cipantes ingleses.[76] Uma das primeiras incursões reais sobre a análise eco-nômica do direito para o direito francês é a tese de Mme. Fabre-Magnan.[77] A obra tenta fundamentar a obrigação de informação nos contratos tanto na análise moral quanto na análise econômica. No mesmo ano, 1992, foi publi-cado, por um advogado,[78] estudo com conotação econômica sobre o direito e um número especial dos *Archives de philosophie du droit* dedicado ao tema *Droit et Économie.*[79] Obra redigida por economista na coleção *Repères,* apresenta, de forma simples, as correntes de análise econômica sendo destinada, entre ou-tros, aos juristas franceses.[80] Na mesma coleção há interessante apresenta-ção a respeito da propriedade intelectual.[81] Dois observadores estrangeiros propuseram introdução bastante simples nessa área, para satisfazer o leitor cético.[82] Simonnot publicou duas obras de introdução à análise econômica do direito, sob visão externa ao direito, principalmente as da economia, ciência política e história.[83] Congresso realizado em Nancy dedicado à análise econô-mica do direito nos sistemas civilistas abriu espaço merecedor de avaliação para a doutrina.[84] Outras obras coletivas dedicadas à análise econômica do direito também estão disponíveis,[85] assim como a voltada para a biografia de Posner.[86] Jamin publicou sinopse sobre a análise econômica do direito.[87] Muir Watt explorou a aplicação da análise econômica no direito internacional pri-vado[88] e as dificuldades associadas à "recepção" dessa análise pela tradição ci-vilista francesa.[89] Frison-Roche publicou, tanto individualmente, quanto com

76. Tallon/Harris 1987. Na conclusão geral do volume, os autores notam que "os juízes e os juristas franceses estão interessados nas consequências das regras tanto quanto os ingleses, e que esta consi-deração tem importante influência sobre a solução de problemas jurídicos" (p. 422). A sutileza dessa observação parece ter escapado a autores tão perspicazes quanto Malaurie e Aynès. Na 2ª ed. de Malaurie/Aynès 1990, p. 166, os autores, remetendo à p. 418 do livro de Tallon e Harris, continuam a contrapor "objetivos econômicos e de rendimentos e custos" e "aspectos morais".

77. Fabre-Magnan 1992. A ligação com a análise econômica do direito ETA, agora, na obra de dou-trina civilista mais clássica, que é Fabre-Magnan 2004.

78. Simon 1992.

79. "Droit et Économie (numéro spécial)", (1992) 37 *Archives de philosophie du droit* 1.

80. Kirat 1999.

81. Lévêque/Menière 2003.

82. Ogus/Faure 2002.1.

83. Simonnnot 2003, 2004.

84. Deffains 2002.

85. Josseli Marciano 2001.

86. Josseli Marciano 2003.

87. Jamin 2003.

88. Muir Watt 2001, 2003.

89. Muir Watt 2002.

colaboradores, entre os quais Monsieur Canivet, então primeiro presidente da Corte de Cassação, obras tendo como enfoque a análise econômica do direi-to.[90] Muitas teses dedicadas ao método da análise econômica do direito, em francês, estão, agora, disponíveis.[91] Veja-se o conjunto de textos, em francês, disponíveis ao leitor interessado em entender a análise econômica do direito. A presente obra deseja contribuir para essa literatura, mostrando como pro-ceder nesse tipo de análise, ao abrir uma janela sobre relevante doutrina em outros idiomas, notadamente o inglês.

6. PLANO DO LIVRO

59 A análise econômica dos institutos jurídicos como propriedade e direi-tos reais, responsabilidade e contratos, sociedades comerciais, se apoia, de forma recorrente, em certas noções e esquemas de interação que podem ser considerados fundamentais. Interessante reagrupar, em uma primeira parte, exposição da visão das funções ou papéis na análise dessas instituições jurí-dicas. Todos esses conceitos e esquemas de análise constituem o conjunto de ferramentas com as quais, na segunda parte, será feita a análise econômica dos institutos fundamentais de direito privado, que são a propriedade, a pro-priedade intelectual, a responsabilidade civil, o contrato, a empresa, o merca-do de valores mobiliários e a sociedade por ações.

AVANÇANDO

60 Para primeira abordagem da análise econômica do direito, o livro de Da-vid Friedman é a escolha.[92] Excelente relator, Friedman recorre a histórias curtas visando a familiarizar o leitor com os conceitos que pretende trans-mitir. O texto de Posner é verdadeiro tratado que cobre a maior parte dos campos em que essa abordagem ocorreu.[93] Recomendado para quem já tem certa familiaridade com a área. O texto de Cooter e Ullen é mais técnico e mais voltado para o ensino.[94] Há, pelo mundo, leitores, se possível confiar, interessados na tradução para o italiano dessa obra.[95]

61 Os que buscam saber, de forma sumária, o que a análise econômica pode oferecer sobre algum aspecto determinado, procurem o dicionário Palgrave.[96]

90. Canivet et al. 2005; Frison-Roche 2005, 2006; Frison-Roche/Abello 2005; Frison-Roche/Payet 2006.
91. Büyüksagis 2005; Maitre 2005; Royer 2005.
92. Friedman 2000.
93. Posner 2007.
94. Cooter/Ulen 2007.
95. Cooter et al. 2006a, 2006b.
96. Newman 1998.

Para exame de todo o espectro, recomenda-se a enciclopédia de Gand.[97] Os que dominam o alemão podem recorrer à obra de Shägger e Ott, que aplicam a análise econômica do direito a um sistema civilista.[98] Há, também, introdu-ções à análise econômica do direito, escritas por economistas e voltadas para o direito italiano.[99] Em dois livros, Mattei utiliza a análise econômica do direi-to para fazer comparações, ao mesmo tempo em que traz à luz a contribuição dessa abordagem para sistemas civilistas.[100]

97. Bouckaert/De Geest 2000.

98. Schafer/Ott 2000, 2004, 2005.

99. Chiancone Porrini 1997; Franzoni/Marchesi 2006.

100. Mattei 1997, 2000.

parte I

FUNDAMENTOS

> *"Pelo mesmo valor, a aproximação permite que a economia seja vista como ferramenta para compreender e reformar práticas sociais, mais do que simplesmente um sistema formal de assustadora complexidade matemática. A explicação de economia, neste livro, enfatiza a unidade, simplicidade e poder, mas também se utiliza dos princípios econômicos"* – ***Posner, 2007 xxi***

62 A primeira parte pretende dar ao leitor o mínimo de "cultura econômica" necessária para a análise econômica do direito.

63 O primeiro capítulo trata das decisões individuais e do postulado da es-colha racional a que se conformam. Ver-se-á como há de se entender a escolha racional quando quem decide não conhece, salvo imperfeitamente, os parâ-metros para a tomada da decisão, ou não pode explicar a importância de signi-ficativo esforço a ser feito para se informar. Explicam-se as vantagens que terá ao recorrer às "receitas", ou regras heurísticas, e as dificuldades específicas que atingem o consumidor.

64 O segundo capítulo é dedicado às interações humanas, quer dizer, às si-tuações que envolvem decisões, ou àquelas em que a decisão de um depende da decisão de outrem, e vice-versa. É o campo da teoria dos jogos estratégicos, que se tornou elemento unificador nas ciências sociais. A teoria explica como, paradoxalmente, em uma interação, duas pessoas podem, racionalmente, op-tar por uma estratégia desvantajosa para ambas. O direito oferece um conjun-to de regras cuja missão aparente é evitar essas consequências. Encontra-se bom número delas no direito dos contratos. Tal lógica oferece, ainda, funda-mento para a propriedade individual.

65 Situamo-nos aqui, igualmente, no que os economistas denominam teoria da agência (*agency*), mais ampla que a noção de representação do direito civil. Segundo os economistas, sempre que uma pessoa deve agir por intermédio de outrem, aparece o problema de *agency*, quando quem age tem interesses

ou objetivos próprios, que diferem, ou podem diferir, daqueles do *principal*, os quais, quem age, pode não perseguir, os interesses do principal, na me-dida em que seja muito custoso para este, o *principal*, fiscalizar a cada mo-mento suas ações. Os esquemas aparecem não apenas na representação no sentido do direito civil, mas também no contrato de trabalho, no de prestação de serviços ou de empresa, nas relações entre administradores da empresa e acionistas e com terceiros. A teoria permite entender uma gama de institui-ções (por exemplo, a participação nos resultados, o pagamento por unidade etc.) modeladas para minimizar aqueles efeitos perversos. Bishop sustenta ser preciso pesquisar os fundamentos do direito administrativo na teoria de agência.[1]

66 As interações podem alcançar várias pessoas. Os paradoxos encontrados nas interações entre duas pessoas serão amplificados. A exposição permite realçar o paradoxo da ação coletiva, quer dizer, a dificuldade de chegar a um acordo no seio de um grupo para adotar uma ação que seja vantajosa para to-dos. Tal paradoxo permite trazer à luz as noções de bem coletivo (bem do qual nenhuma pessoa pode ser excluída), externalidade (efeito negativo de uma ação sobre terceiros que o agente não leva em conta) e do comportamento estratégico como aquele de quem tem poder, é baluarte ou pilar, bastião (ex.: um minoritário que exige vantagens ou privilégios para concordar sempre que a decisão depender de unanimidade). Todos esses fenômenos represen-tam dificuldades que as várias normas jurídicas têm por escopo eliminar ou circunscrever.

67 O quadro geral das interações é aprofundado no terceiro capítulo, nos es-tudos sobre mercados dos quais são uma particularidade. Retomam-se, aqui, alguns elementos de microeconomia que permitem compreender como os mercados coordenam os comportamentos dos participantes e quais os limi-tes aparentes de tal coordenação, como, por exemplo, o monopólio. A teoria permite compreender o que ocorrerá com a intervenção da autoridade política nos preços ou em outras condições de funcionamento normal dos mercados.

68 O quarto capítulo se volta para a maneira pela qual os agentes que de-cidem se adaptam à inevitável incerteza que caracteriza a condição humana, como a reunião de riscos permite absorvê-los a um custo muito menor do que aquele que seria incorrido pelo agente individual. Ao longo da história, foi criada toda uma gama de instituições visando a deslocar riscos e que podem ser denominadas de seguro em sentido amplo. Tais instituições estão, por-tanto, expostas a derivações possíveis, como a imprudência, a negligência da pessoa assegurada. Novamente, pode-se apontar para um conjunto de normas jurídicas cujo escopo aparente é restringir tais comportamentos.

1. Bishop 1998.

69 Os quatro primeiros capítulos expõem a lógica de coordenação das ações individuais presas à iniciativa dos interessados. Não se volta para o Estado, nada obstante este seja, nos países modernos, um ator importante. O quinto capítulo explora a origem do Estado, as missões que lhe possam ser confiadas segundo a lógica dos capítulos antecedentes, como a de oferecer o quadro de ordem pública sustentando mercados, e aquelas, mais numerosas, que assu-me diante dos fatos. Essa análise nos oferecerá elementos para compreender a emergência do estado de direito e dos direitos fundamentais, assim como o interesse que existe no federalismo como estrutura política em comparação com o Estado unitário.

70 O sexto e último capítulo se volta para o mercado negro. Constitui com-plemento do capítulo cinco naquilo que o mercado negro deve ser analisado como a recusa de certos cidadãos de se conformarem com as regras estáticas que consideram muito restritivas ou limitantes. O mercado negro é a negação – parcial – do pacto social que implicitamente sustenta o Estado. A análise se funda no que determina a viabilidade do mercado negro (uma ordem so-cial quando ausente a sanção estatal das convenções) e sobre a natureza dos produtores e a qualidade dos produtos nele encontrados. Tais questões são presentes em uma época ou, em matéria de drogas leves, por exemplo, em que nos indagamos sobre a escolha entre impedir, mediante repressão, e a regulação controlada.

capítulo **1**

As pessoas que decidem

"1.Pessoas respondem a incentivos e desincentivos. Chicotes e cenouras funcionam [...]
2. Pessoas não são inerentemente trabalhadoras ou morais.
3 Na falta de influências opostas, as pessoas evitarão trabalho e serão amorais [...]
4. Pessoas devem ser responsabilizadas por suas ações. Se são responsáveis de alguma manei-ra filosófica ou bioquímica, isso não pode ser base se a sociedade deve funcionar." ***Murray 1984, 14***

71 Durante nossa vida, continuamente tomamos decisões de toda natureza: aceitar uma oferta de emprego, ou recusá-la, na esperança de, procurando, obter outra melhor; alugar um apartamento ou adquirir uma casa, matricular os filhos em tal ou qual escola, trocar de automóvel ou continuar dirigindo o velho. Tais decisões se impõem porque os recursos de que dispomos para manter nossa vida não são abundantes. No paraíso poderemos gastar sem limite porque sempre haverá bastante.

72 No nosso mundo tudo é diferente. Nossa riqueza é limitada, e nosso tempo também. Não podemos estar em vários lugares ao mesmo tempo. Es-colher uma opção significa renunciar a uma outra. Se, depois de ter adquirido a casa, soubermos que o mercado de imóveis vai cair, quebrar, imaginaremos ter gasto mal nosso dinheiro; agiremos diferentemente no futuro.

73 Poderíamos ter agido melhor? O futuro é imprevisível. Abster-se de agir pode ser tão nefasto quanto agir de maneira que adiante causará remorsos. As consequências de nossas ações e omissões só são avaliadas depois do golpe. Portanto, devemos decidir o que fazer acreditando na antecipação das con-sequências. Convencemo-nos analisando problemas em face de matéria de saúde pública.

74 Recordemo-nos dos problemas da talidomida, medicamento recomenda-do para mulheres grávidas visando a minorar enjoos ligados à gravidez. Ve-rificou-se que o medicamento causava sérias má-formações para as crianças

em pequena proporção dos casos. Uma vez que tais consequências desastro-sas se tornaram conhecidas, os governos impuseram condições rigorosas às empresas farmacêuticas antes que um medicamento pudesse ser ofertado no mercado. Há que presumir que testes adicionais reduziriam os riscos para os consumidores. Ao mesmo tempo, entretanto, tais testes imporiam período durante o qual os sofredores ficariam privados de um possível medicamento. Vidas humanas podem estar em jogo dos dois lados da balança. Mister arbi-trar sem conhecer perfeitamente os elementos. A incerteza acompanha, de forma inexorável, nossas decisões.

75 Nossas decisões visam, por vezes, a evitar o desperdício e o arrepen-dimento. Vistas por terceiros, nossas decisões podem ser explicadas como se respeitássemos tais imperativos e procurássemos fazer a melhor escolha, determinada segundo nossos próprios critérios. É a hipótese da racionalidade. Ela nos permite compreender o comportamento decisório dos seres humanos.

76 No que segue trataremos sucessivamente dos três pilares da análise: – a escassez, a escolha racional e a incerteza. A eles somaremos um quarto pos-tulado de individualismo metodológico – a análise deve partir do indivíduo; todo fenômeno social deve ser explicado a partir dos comportamentos indivi-duais. No próximo capítulo, examinaremos as escolhas racionais nesses con-textos em que o tomador da decisão interage com outros. A decisão assume,
dessa forma, natureza estratégica.

Seção 1

A escassez

1. NOÇÃO

77 Comecemos com a noção de escassez, que se opõe à de abundância. Am-bas são bem ilustradas no filme *Les dieux sont tombés sur la tête*. O filme mostra uma tribo de *bushmen* no deserto de Kalahari. Costumes imemoriais permitem aos membros da tribo viver em relativo conforto com o que encontram na na-tureza em seu entorno. Para os membros da tribo, isso representa abundância fornecida pelos deuses.

78 Um dia, um pequeno avião de publicidade sobrevoa o território da tribo e, nesse exato momento, o piloto lança, pela janela, uma garrafa de Coca-Co-la vazia. Esse dom dos deuses é recebido com curiosidade pelas crianças da tribo. Imaginam jogos que podem fazer com o estranho objeto. Depois suas mães descobrem que aquele objeto pode servir na execução de suas tarefas domésticas. Logo surgem disputas quanto ao uso da garrafa. As mães discu-tem sobre quem pode utilizá-la e durante quanto tempo.

79 Disputa semelhante era desconhecida na tribo. A tribo se reúne para dis-cutir. A assembleia chega à conclusão de que os deuses devem estar zangados e que, para apaziguá-los, era preciso entregar o objeto da discórdia. Tal missão foi confiada a um dos velhos, que, para fazê-lo, deveria se pôr “no final da ter-ra”. Inúmeras aventuras ocorreram no caminho. Elas são a essência do filme, que, porém, não nos interessam no presente.

80 A história ilustra a noção de escassez. Para os membros mais velhos da tribo, tudo é abundante, fato que não seria reconhecido por um ocidental. No *âmago do modo de vida da tribo*, tal como circunscrito pelos costumes ancestrais, os membros da tribo podem consumir à vontade, sem esgotar, o que natureza lhes fornece. Apenas a garrafa é rara: não há outra, e, salvo os usos que as di-ferentes personagens querem dela fazer, não se pode fabricar outra. É preciso, assim, escolher e adotar uma regra para administrar o uso desse objeto raro. Os membros da tribo recusam essa lógica. Preferem eliminar o problema da escolha. O ocidente se desenvolveu adotando a posição oposta.

2. A ESCASSEZ NÃO É, HISTORICAMENTE, DETERMINADA

81 O filme ilustra a ideia de que as coisas não são raras de forma absoluta, mas sempre em relação a preferências daqueles que delas fazem uso, tendo em vista os usos que conhecem ou imaginam. Consideremos, por exemplo, a história do petróleo.[1]

82 As areias betuminosas eram conhecidas desde a antiguidade. Eram utili-zadas em pequena escala, notadamente para construir edifícios e na produção do óleo que servia para iluminar ou engordurar. No final do século XIX, a descoberta de reservas de petróleo subterrâneas, em camadas das rochas e o desenvolvimento do refino, ao redor dos anos 1860, modificaram de for-ma considerável os dados. No meio-tempo, descobrira-se a possibilidade de iluminar as casas e as ruas utilizando gás natural. A técnica de iluminação foi implantada em grande escala. Era limitada aos locais onde fosse possível instalar condutores de gás. A extração do petróleo subterrâneo e a crescente eficácia do refino (craqueamento) permitiram estender a iluminação a locais onde antes era impraticável instalar condutores de gás.

83 Nessa época, o refino visava principalmente a produzir querosene para lâmpadas. Um líquido volátil produzido acessoriamente no refino não tinha qualquer uso e era lançado como dejeto: a gasolina (essência) moderna era, então, abundante. Não é preciso insistir sobre a espetacular mudança na situação provocada pela invenção do motor a explosão.

84 Se a gasolina se torna rara, não há, ainda, genericamente, *penúria*. É que a escassez leva, precisamente, à criação de instituições para enfrentá-la. Tais

1. Ver Mokyr 1990, 133; *The New Encyclopædia Britannica*, 1985, t. 28, 467, V° Petroleum.

instituições visam, especialmente, como se verá adiante, a permitir que cada um se sirva do bem escasso segundo suas necessidades (não desperdiçar) ou adapte suas necessidades à escassez, e estimulam o espírito empreendedor a fim de descobrir novas fontes de aprovisionamento, ou outras formas de exploração de recursos conhecidos. As duas forças são complementares. O uso "inconsciente" daquilo que a natureza oferece impõe gestão consciente, acordada, mas não necessariamente planejada por uma autoridade.

85 O exemplo visa a ilustrar a ideia de que a escassez não é determinada his-toricamente. Pode-se até pretender que a história do Ocidente seja marcada pela descoberta progressiva da escassez das coisas que nos circundam e pela criação de instituições que nos permitem administrar a escassez. Tomando consciência da escassez de uma coisa, perdemos de alguma forma nossa inge-nuidade em relação a ela. Nos nossos dias, o processo considera o ar, a água e outros elementos do meio ambiente que tratávamos, até recentemente, como abundantes. Assim, qualificamos as reservas de água doce como o "petróleo no século XXI."

3. A ESCASSEZ É SUBJETIVA

86 Se a escassez de uma coisa depende do que se saiba fazer com ela, a va-riação ocorre não apenas de uma época para outra, mas, no mesmo período, de pessoa para pessoa. O que uma pessoa pode fazer de uma coisa não está determinado pela sua natureza, de sorte que alguns podem imaginar usos que outros não percebem. A título de exemplo lembra-se da aparição das folhas de notas colantes inventadas pela 3M. O produto teve origem em colagem imper-feita, a saber, a cola não aderiu suficientemente às folhas. Alguém teve a genial ideia ao perceber a utilidade de folhas que aderiam mas poderiam ser retiradas sem danificar o papel. A pesquisa fez o resto para pôr em destaque o produto.

87 O comércio e as trocas em uma sociedade são baseados na ideia de que, para o adquirente, a coisa comprada é mais rara do que para o vendedor. As duas partes não valorizam o bem da mesma forma. Essa, justamente, a razão de terem ambas, interesse na transação.

88 Se a escassez de uma coisa é função dos usos que se possam imaginar e, portanto, subjetiva, segue-se a questão de saber se a coisa é substituta de outra, o que, também, é subjetivo. Aqui a observação das consequências para a noção de concorrência. Produtos que são reciprocamente substitutos for-mam um "mercado". Se a natureza do substituto é subjetiva, o que constitui um mercado é, na verdade, uma "parte do mercado" que não pode ser deter-minada de maneira objetiva, para todos. O empresário procura, justamente, convencer os consumidores de que seu produto pode servir aos usos que eles não haviam necessariamente cogitado, e que isso significa que ele é substi-tuto desonhecido para um produto conhecido. Dessa forma, o empresário

"amplia" o mercado no qual atua. Consequência é ser ilusório pensar que se possa objetivamente determinar em que medida a concorrência é "perfeita" ou, ao contrário,"falsa".

4. A ESCASSEZ FREQUENTEMENTE SE REVELA MEDIANTE CONFLITO

89 Uma coisa se torna escassa quando não há mais quantidade suficiente para que todos os que a desejam possam obtê-la à vontade: é preciso escolher entre diferentes usos, ou, o que dá na mesma, regular o uso. Mas, na abun-dância que reinava antes, era perfeitamente supérfluo regular o uso. Quando a escassez se manifesta, não há como evitar a formulação de regras para de-terminar quais usos concorrentes devem ser aceitos. Isso ou a anarquia.

90 A concorrência de usos nessas circunstâncias é fonte de disputas e confli-tos. O problema de racionamento que a escassez impõe é resolvido mediante violência. Demsetz, inspirado em estudos étnicos, descreve o fenômeno entre os ameríndios no Labrador.[2] Antes da chegada dos europeus, os ameríndios encontravam animais ao seu redor suficientes para satisfazer suas necessi-dades em relação a carne e peles. As tribos viviam em paz, umas não tendo necessidade de avançar sobre o espaço vital das outras.

91 A chegada dos europeus muda essa situação. Eles têm interesse em com-prar peles, desenvolvendo-se, rapidamente, o comércio desse bem. A caça adquire dimensões mais importantes. As terras de caça tradicionais passam a ser invadidas, dado o choque da superexploração. Os ameríndios precisam explorar novas terras de caça. Mas a solução não pode ser durável, pois todas as terras de caça acabam por ser exploradas. O problema reaparece: não há pe-les em quantidade suficiente. É preciso, então, que algumas tribos enfrentem "outras", é a guerra.

92 A violência é uma forma, não a única, de regular as diferenças. Se houver uma autoridade estabelecida para impedir a violência, o racionamento pode servir para adotar decisão do soberano, seja discricionária ou delimitada por critérios de mérito, de beleza, de relação pessoal com o príncipe ou de perten-ça a uma classe (nepotismo), a um sexo, a uma família, a uma nação. O racio-namento pode ainda ser gerido por uma fila ou por loteria.[3] Pode-se convir na atribuição da coisa ao primeiro ocupante ou a quem, por seu trabalho, a pôs no "comércio dos humanos" (direito exclusivo).

93 Ao determinar, de qualquer modo que seja, que o uso de uma coisa tem precedência sobre outras, define-se um direito que retira a coisa do domínio

2. Demsetz 1967, sobre a falha dos estudos de Eleanor Leacock. A exatidão histórica, ao menos a generalidade dos fatos relatados, foi posta em dúvida. Ver McManus 1972.

3. Fontes diferentes sobre as formas de raciocinar, ver, entre outros, Baird 1980, 3-6; Weise 1981, 27.

público. Esse direito introduz uma distinção que confere ao titular priorida-de em relação a outras pessoas que tenham pretensões sobre a tal coisa. O respeito a essa prioridade poderia, se necessário, ser garantido por sanções sociais e, finalmente, mediante recurso à constrição ou à violência.

94 Essa é a solução que se vê na experiência dos ameríndios no exemplo de Demsetz. Eles partilharam as terras de caça entre as tribos. Limites foram marcados por árvores queimadas. Essa "tecnologia" muito simples põe em risco esconder-se importante avanço conceitual: *a resposta à escassez foi o re-conhecimento de direitos,* quer dizer, de fronteiras que permitiam associar um território a um agente.[4]

95 O estabelecimento de direitos é uma resposta à escassez que permite a criação de uma sociedade baseada em outra coisa além da posse material de objetos e a violência para defendê-la (a posse). Bartlett sustenta que o proces-so de estabelecer direitos opera continuamente, tanto nas complexas socie-dades modernas quanto, segundo a literatura antropológica, nas sociedades menos evoluídas.[5]

96 Particular nas sociedades fundadas sobre o primado do direito (*rule of law*) é a forma de conferir direitos sobre a gestão dos bens. Os direitos são individuais e exclusivos, há regras precisas sobre sua primitiva atribuição tan-to quanto sobre o que se pode fazer do direito uma vez adquirido. Assim os direitos do proprietário em sentido amplo (*property rights*). Chama a atenção a relação entre a forma desses direitos e o notável sucesso das sociedades ocidentais em dominar a escassez.

97 As considerações anteriores mostram o papel da força no estabelecimen-to de direitos. Em uma tirania a força é determinante para o bem-estar da-queles a ela submetidos. O estudo dos direitos de propriedade privada levam à descoberta, nas sociedades fundadas sobre o primado do direito, de que a força, necessária para assegurar o respeito por todos aos direitos, não deter-mina o bem-estar dos cidadãos.

Seção **2**

A racionalidade

98 A escassez impõe fazer escolhas. À medida que o ambiente é modifica-do, o ser humano adapta seu comportamento de forma a tirar partido das

4. Conceitualmente, não é necessário que o território ou o agente pertençam ao mundo material: o território pode ser um domínio abstrato de atividades; o agente pode ser uma pessoa jurídica – so-ciedade ou o Estado.

5. Bartlett 1989, 142.

mudanças. A ideia intuitiva se exprime, em inglês, na frase lapidar *People res-pond to incentives*[6] (os indivíduos são sensíveis a incentivos ou provocações). Os incentivos emanam das possibilidades de melhorar a fortuna ou evitar uma desvantagem por ocasião dos contatos com a natureza ou terceiros. Eles podem advir do direito, como vimos atrás no exemplo do salário-mínimo.

99 Ao reagir à mudança das circunstâncias, o ser humano tenta extrair aqui-lo que, a seus olhos, pareça o *melhor*. A hipótese baseia-se no que é conhecido, nas ciências sociais, como modelo da escolha racional. Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo da escolha racional, faz a pessoa inventariar os resultados desejados (*valores*), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (*opções*); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (*valorização*) e adotar aquela que contribuir mais (escolha). Presumimos que os seres humanos, sem necessariamente seguir tal procedimento, tomam suas decisões como se o fizessem.

1. O INTERESSE DO MODELO DA ESCOLHA RACIONAL

100 Em artigo que trata de ciência política, W. Riker exprimiu bem o interesse do modelo da escolha racional para o conjunto das ciências sociais.[7] Para Ri-ker, os maiores progressos nas ciências sociais, ao longo de dois séculos que nos separam de Adam Smith e John Adams, foram alcançados pela microeco-nomia. Nesse campo, a ciência chegou a explicações críveis. A microeconomia chegou a tais resultados deduzindo, a partir do modelo da escolha racional, teorias que correspondem a regras empíricas, assim a lei da demanda, que prevê relação inversa entre o preço do produto e a quantidade demandada.[8] O atraso das ciências sociais em comparação com as da natureza, segundo Riker, é atribuível à recusa de utilizar o modelo da escolha racional.

101 O modelo da escolha racional permite generalizações quanto ao com-portamento humano. Atribui aos humanos uma linha de conduta previsível; supõe que os humanos escolherão, sempre, entre as opções disponíveis, aque-la que lhes ofereça a maior satisfação. Isso implica, por exemplo, que se o custo de uma opção (preço de um bem que se quer adquirir, sacrifício para empreender uma ação) aumenta, as pessoas afetadas escolherão menos fre-quentemente essa opção (*lei da demanda*).

6. Murray 1984, 146; Bartlett 1989, 197.

7. Riker 1990, 177. O sociólogo Opp exprime ponto de vista similar : Opp 1991. No mesmo sentido, Vanberg 1988.

8. Riker 1990, 177: "*microeconomists have explained phenomena by deduction in a rational choice model of theorems that parallel empirical laws*". ("microeconomistas explicaram o fenômeno deduzindo normas empíricas de um modelo de escolha racional do teorema paralelo").

102 O modelo da escolha racional faz a decisão que será tomada depender da informação disponível das opções e consequências. A pessoa escolhe a melhor opção dentre as que *conhecer*. A escolha poderá parecer-lhe, no futuro, não ótima quando tiver mais informação. Um observador externo poderia julgar, segundo seus valores e suas informações, que a decisão não foi ótima. Isso não torna a escolha racional, no momento da decisão, errada.

103 Pode-se objetar que se as escolhas dependem das informações disponíveis, o modelo é tautológico e que qualquer ação é racional. Se, depois de uma alta do preço de um bem ou serviço, os consumidores o adquirem tanto quanto anteriormente, comportamento aparentemente "irracional", atribui-se o fato às particularidades da informação de que dispõem. Mas essa não é a resposta com-pleta. Essa ação, que parece frívola ou irracional, convida, justamente, a exami-nar a extensão da ignorância do agente e a natureza do viés informacional.

104 No seio das ciências sociais, o modelo da escolha racional pode ser opos-to ao do "*Homo sociologicus*". O modelo, na definição de Opp, desenha um ser humano cujo comportamento é regido por normas ou regras.[9] O sociólogo Opp estima que "o modelo do *Homo sociologicus* não é, sob qualquer aspecto, superior ao modelo econômico". Ele não permite explicar, de forma simples, a observação banal de que frequentemente as pessoas "se afastam das normas e dos valores [que deveriam ditar seu comportamento]".[10]

105 O modelo da escolha racional tem servido muito. Nem sempre é infenso a críticas, mesmo entre economistas.[11] As críticas apontam a via inversa de integração das regras na decisão. A regra é uma resposta à complexidade da decisão a que faz face quem decidirá.[12]

2. A CRÍTICA DE SIMON: RACIONALIDADE LIMITADA

106 O modelo da escolha racional foi criticado, há tempo, por Herbert Simon, prêmio Nobel, pesquisador em ciência da administração, psicologia cognitiva, informática e economia. Ao longo de sua carreira de mais de meio século, tentou explicitar e modelar (no computador) as decisões humanas de todo

9. Opp 1991, 74. Ver também Hechter 1987, c. 2.

10. Opp 1991, 74. Levi et al. 1990, 9 sustentam que após a publicação, em 1939, do *magnum opus* de Talcott Parsons, The structure of social action, "*cientistas sociais tendiam a aceitar a dicotomia entre explicação baseada nas normas e aquelas baseadas no cálculo racional*".

11. Cf. a conclusão segundo um economista: "*Terminarei minhas observações com as duas afirmativas falsas: 1 – modelos racionais não têm serventia; 2 – todo comportamento é racional.*" (Thaler 1986, 99).

12. Ver Mackaay 1992. A literatura mais antiga sobre essa questão está resumida em Mackaay 1982, c. 6. Kratochwil 1989, 72, escrito: "*Regras [...] são um tipo de comando que simplificam situações de escolha por chamarem a atenção para fatores que um agente deve levar em conta. As regras são, portanto, não situação específica como imperativas mas delineiam classes de eventos especificando o conjunto de circunstâncias aos quais são aplicáveis.*"

o tipo.[13] A crítica de Simon ficou ainda mais convincente, pois ele partiu do modelo da escolha racional.

107 Para Simon, o modelo da escolha racional é irrealista como descrição de decisões humanas, de vez que se apoia muito sobre o tratamento da informa-ção. Os seres humanos que decidem raramente dispõem, para problemas de média complexidade, da informação necessária para inventariar e valorizar corretamente todas as opções existentes. Mais grave, ainda, mesmo que toda a informação pertinente estivesse disponível, o tomador da decisão não teria como saber disso para chegar à decisão. O espírito humano não pode fazer mais do que determinado número de coisas ao mesmo tempo, ou por vez. Deve usar esquemas simplificadores para delimitar as informações a serem consideradas na decisão.[14]

108 Se a informação não for levada em conta, de forma seletiva, na decisão, é preciso resignar-se com uma "aproximação que substitua a exatidão na to-
mada da decisão".[15] Simon propõe que essa concepção seja denominada de "racionalidade limitada" (*bounded rationality*). As pesquisas de Simon visam a determinar como se dá tal aproximação.

109 Tome-se, por exemplo, uma pessoa que procura uma casa conveniente em uma cidade para a qual tenha sido transferida e que conheça pouco. O que faria? Pode estabelecer uma escala única para todas as mansões ofertadas nessa cidade e escolher a que melhor se possa permitir? Inconcebível.

110 O que fará, em geral, é determinar, antecipadamente, as características que deseja como tamanho (mínimo) da casa e jardim, distância (máxima) em relação à escola dos filhos e do trabalho dos pais, qualidade (mínima) do bairro, preço máximo que estaria disposto a pagar etc. Procura um corretor de imóveis. Primeira discussão permite delimitar os bairros a serem considera-dos em função do preço ou, por exemplo, da qualidade do bairro. No "espaço de pesquisa" assim delimitado, certo número de casas podem ser analisadas e eliminadas apenas à vista da documentação disponível com o corretor. En-tre as que restarem, é preciso agendar visitas. Examinará todas? Ou algumas apenas? Visitará casas até que encontre o que procura em resposta a todos os critérios fixados? Todas essas opções são possíveis. Se visitar certo número de casas, de supor que muitas agradem ao comprador por diferentes razões. Necessário, então, ordenar e escolher a casa nessa relação. Como comparar (pesar) o tamanho da casa, a proximidade da escola ou do trabalho e o preço? A operação não parece evidente, salvo para fins de seleção e para apenas algu-mas casas.

13. Ver, por exemplo, Simon 1957, 1959, 1978, 1983, 1986a; Newell/Simon 1972, 1976.
14. Simon 1977, 159.
15. Simon 1986b, 170. Ver também March [1978]/1986.

111 O que se deseja mostrar no exemplo é que, em decisões complexas, os seres humanos limitam sua atenção a certo número restrito de aspectos e que buscam uma solução que atenda, sob cada um deles, um nível de "satisfação". Esses níveis, ou *aspiration levels*, são adrede fixados (eventualmente ensina-dos, transmitidos de professor a aluno) e adaptados conforme a experiência de vida. Simon propõe para esse procedimento de decisão o termo *satisficing*. Estima que a maior parte das decisões importantes, na vida cotidiana e nos negócios, seja tomada dessa forma.

112 Teoricamente, é possível escolher os aspectos considerados e fixar os ní-veis de aspiração de forma que a decisão por *satisficing* seja ótima.[16] Na práti-ca, ela, sem dúvida, raramente o será. Bem entendido, não é possível pensar que as adaptações ocorrerão se as decisões forem, manifestamente, más.

113 O exemplo da casa que se procura na cidade desconhecida ilustra outro aspecto da proposta de Simon. Na discussão com o corretor é preciso fazer uma primeira seleção para determinar as casas a serem consideradas ou para excluí-las. Que critérios serão adotados? Localização, preço, ou ainda outro? As seleções feitas dessa forma teoricamente equivalentes não chegarão ao mesmo resultado. O efeito variará segundo o conhecimento geral do corretor e a estrutura das suas fichas sobre as casas a serem vendidas. Imagina-se que o corretor, por sua experiência, proponha ao cliente atentar para o preço ou variação de preço, depois sobre o bairro. Ele introduz, no processo de decisão, regras de *heurística*.[17]

3. A PSICOLOGIA COGNITIVA: HEURÍSTICA[18]

114 A concepção de Simon é suportada por pesquisas empíricas em psicologia cognitiva, notadamente as de Tversky, Kahneman e Slovic.[19] Tais pesquisas le-vam à conclusão de que a correspondência entre o modelo da escolha racional e o comportamento observado entre os humanos é tênue. O modelo racional seria mais bem empregado na função normativa, como uma *lógica de escolha,* do que como descrição do que realmente as pessoas fazem.

115 Segundo o modelo da escolha racional, se A é preferido a B, A será, tam-bém, preferido a C (desde que B preceda C como escolha), Nas experiências de Kahneman e Tversky, tal condição é frequentemente violada. Ou seja, a preferência entre duas opções não deveria variar segundo a representação do problema. Ora, nas experiências verifica-se que as pessoas não têm a mesma

16. Simon 1986b.

17. Simon 1977.

18. Ver contribuições diversas em Gigerenzer/Engel 2006.

19. Esta literatura está resumida em: Levi et al. 1990; Elster 1989b; Hogarth/Reder 1986; Kahneman et al. 1982; Nisbett/Ross 1980. Ver também a introdução de Wright 1984.

preferência em matéria de tratamento do câncer (cirurgia ou radioterapia), conforme os resultados sejam apresentados de acordo com as taxas de so-brevida (90 vs 77 pessoas em 100 sobreviverão) ou de mortalidade (10 vs 23 pessoas sucumbirão à intervenção).[20] Ou seja, não é indiferente, para os con-sumidores, verem-se diante de dois preços para um mesmo serviço como uma "carga excepcional" ou, inversamente, como um desconto. Outras condições de racionalidade são desrespeitadas de forma similar.

116 Atualmente, psicólogos trabalham com situações em que há intervenção de pequenas probabilidades ou grande complexidade. Em relação às primei-ras, não se percebe, ainda, das experiências vivenciadas não preconizadas no modelo da escolha racional. Não avaliamos corretamente as pequenas proba-bilidades. Elas são ignoradas. Não se justificaria tomá-las mais a sério do que o risco "objetivo". A superavaliação do risco aparece, especialmente, quando nos damos conta de um quadro vivo de perigo. Não podendo julgar direta-mente as probabilidades, o espírito humano simplifica o problema apelando para a heurística disponível, "*availability heuristic*", que nos fará decidir em

função do exemplo que ainda está fresco na memória (espírito).[21] Quando um avião cai, algumas pessoas desistem das reservas de voos em que deveriam embarcar nos dias próximos do acidente. Somos, igualmente, e com frequên-cia, prisioneiros da "*gambler's ruin*". Se em julho chove, em média, três dias, mas choveu cinco dias desde o início do mês (de julho), acreditamos que, forçosamente, o restante do mês será de tempo bom.

117 De forma similar, pesquisas psicológicas mostram que os seres humanos julgam situações complexas de modo imperfeito. Aqui o espírito, mais uma vez, tende a simplificá-las, mediante heurística, para levá-las a nível em que possam ser abordadas com as faculdades mentais ordinárias de que, no mo-mento, dispomos.[22]

118 Tversky e Kahneman propõem, sob a denominação de *prospect theory,* re-presentar a decisão em duas etapas. A primeira consiste em encontrar uma moldura para o problema e enquadrá-la (*framing et editing*); a segunda etapa

é a avaliação.[23] Para o que nos interessa, é na primeira etapa que intervêm as normas: a representação obtida é função da maneira pela qual o problema

é apresentado a quem toma a decisão, mais do que pelas normas, hábitos e cuidados que adote. A representação determina os aspectos do problema que considerará. Voltamos à concepção de Simon.[24]

20. Tversky/Kahneman 1986, 70.
21. Tversky/Kahneman 1982.
22. Sobre as heurísticas, ver Gigerenzer 2006 e outras contribuições em Gigerenzer/Engel 2006.
23. Tversky/Kahneman 1986, 73. Ver também Kahneman/Tversky 1979.
24. Tversky/Kahneman 1986, 89.

4. TENTATIVA DE SÍNTESE: A TEORIA DE HEINER

119 Heiner tentou formular uma teoria bastante geral do uso das regras.[25] Procura-se, muitas vezes, apresentar as regras como utilidades que servem para situações rotineiras, os casos difíceis requerendo, ao revés, comporta-mento refletido, inteligente e, dessa forma, difícil de prever.

120 Basta breve reflexão para nos convencermos de que tal concepção é ina-tingível. Comparemos o comportamento dos animais ao dos seres humanos. Postos diante da mesma situação o animal, cujas capacidades para tratar a informação são inferiores às do homem, deveria, mais frequentemente do que este, provar comportamento inteligente, não ditado por regras. Ora, o que se observa é bem o contrário.

121 Isso permite compreender que mesmo e, talvez, sobretudo, em situações que parecem complexas temos um repertório limitado de respostas possíveis. Cada uma das respostas pode ser descrita mediante um conjunto mais ou menos complexo de regras do tipo "se observas tal coisa, verifique esta outra coisa"; "se constatas tal coisa, age de tal maneira". O propósito de Heiner é modelar os fatores que tocam a compreensão desse repertório.

122 Ponto de partida é a incerteza de quem decide em face dos recursos limi-tados – tempo, matéria, comportamentos – de que dispõe para fazer face às condições que o ambiente lhe impõe; como a pessoa percebe o ambiente que a circunda de forma incompleta e não pode, no tempo disponível, obter toda a informação pertinente, deve escolher um dos comportamentos de seu reper-tório sabendo que, em certa proporção de casos, a resposta será inadequada.

123 Para cada comportamento pode-se imaginar um cálculo que permita de-terminar se deve figurar entre o repertório de comportamentos "ativos", po-dendo ser adotados a qualquer momento, ou, ao contrário, reprimido, posto nos "arquivos" ou simplesmente abandonado. Esse cálculo integra, positiva-mente, os ganhos para quem decide se o comportamento em questão for ado-tado em circunstâncias convenientes e, negativamente, com perdas no caso em que o comportamento seja equivocado.

124 De que dependem os ganhos? De uma parte das vantagens que a natu-reza, ou os interlocutores, oferece, se o comportamento for adotado nas cir-cunstâncias convenientes; de outra parte, da probabilidade que se reconheça corretamente tais circunstâncias. Este último fato depende da complexidade da situação, da capacidade de percepção de quem decide e de sua capacida-de de tratamento da informação, do repertório de regras conhecidas que lhe sugerem o que convém observar, da capacidade de aprendizado para manter atualizado o repertório etc. Às perdas são aplicadas considerações análogas.

25. Heiner 1983. Heiner demonstrou seu raciocínio em muitos outros artigos, dois dos quais dedi-cados aos juristas, mas curiosamente menos acessíveis que o primeiro: Heiner 1986, 1990. Neste último artigo, encontramos uma lista de artigos anteriores.

125 Esse modelo permite chegar a muitas conclusões gerais interessantes. Em primeiro lugar, na medida em que a incerteza aumenta, é preciso observar que quem decide, muitas vezes, encontra comportamentos convenientes e, em consequência, os abandona. Sua conduta se torna “mais estereotipada”. Em segundo lugar, observa-se que quem decide abandona comportamentos que convêm em face de situações raras ou improváveis e construam seu reper-tório de respostas em vista das circunstâncias recorrentes ou previsíveis. Se-riam, igualmente, “insensíveis a circunstâncias não habituais” ou “não locais” (como diz Heiner), de seu ambiente: não se vê o que não se está preparado para ver.

126 A teoria de Heiner permite observar, igualmente, o papel das institui-ções. Elas representam o conjunto de normas que regem as interações entre seres humanos. Têm a mesma função que as regras evocadas mais acima – facilitar as decisões para os indivíduos, tornar seu comportamento mais ou menos previsível para os outros.

5. BALANÇO

127 O modelo da escolha racional deve ser abandonado? As pesquisas empí-ricas e teóricas passadas em revista realçam a questão.

128 O abandono parece, por ora, prematuro. Tversky e Kahneman, no artigo citado, chegam à conclusão de que as premissas do modelo da escolha racional são, geralmente, respeitadas em situações “transparentes”, frequentemente

violadas em situações “não transparentes”.[26] Os resultados das pesquisas, como aquelas de Simon, constituem crítica ao modelo da escolha racional, mas não uma teoria que o substituiria.

129 Muitos pesquisadores apresentaram argumentos para sustentar a tese de que o modelo da escolha racional, nada obstante sua admitida fragilidade como descrição da decisão individual, permanece, ainda assim, como aproxi-mação válida para descrever o comportamento de grupos de pessoas postas em situações parecidas. Becker demonstrou que a escassez de recursos (di-nheiro, tempo e outros), entre os quais os consumidores continuamente se deparam, daria ao conjunto do mercado uma aparência racional, mesmo se os indivíduos fossem inertes, impulsivos ou até “irracionais”.[27]

130 Simon criticou o argumento. Concedeu a Becker que a racionalidade pes-quisada pelos economistas (sensibilidade de quem toma decisões a mudanças de preço) pode ser aceita a partir de premissas muito menos exigentes do que as do modelo da escolha racional. Preciso acentuar que as conclusões

26. Tversky e Kahneman 1986, 88.

27. Becker 1976, 161.

interessantes que Becker pretende tirar do modelo vêm, de fato, de hipóteses empíricas adicionais e não apenas das premissas teóricas da racionalidade.[28]

131 Simon cita, a título de exemplo, a interpretação que propõe a Becker sobre a mudança da família norte-americana e, notadamente, a queda do número de filhos por família depois da Segunda Guerra Mundial.[29] Becker atribui o fato à participação crescente das mulheres no mercado de trabalho. Para explicar esse crescimento, Becker se apoia em estatísticas que demonstram que a ren-da semanal teria aumentado muito no período. Em consequência, aumentou o custo ocasionado pelo fato de ficar em casa e ter filhos. Mas, observa Simon, isso não constitui uma explicação, visto que o argumento do aumento da re-ceita das mulheres poderia decorrer do número médio de horas semanais que trabalhassem. E, supondo que a renda por hora de trabalho teria aumentado ao longo do período, o aumento teria sido excepcional, mais elevado do que para os homens (pois é preciso explicar a mudança de atitude)? Seria preciso explicar a mudança de demanda (da indústria ao empregar trabalhadoras). Isso requer estudos empíricos detalhados. Para Simon, a única hipótese da escolha racional não é nem suficiente, nem necessária (por ser muito forte), para explicar o aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho após a Segunda Guerra Mundial.

132 Tsebelis retomou o argumento de Becker, apresentando cinco outros em apoio ao modelo da escolha racional: pressão pela racionalidade, aprendiza-gem, efeito-congestão (semelhante ao de Becker), seleção natural, lei dos grandes números.[30] Mas Tversky e Kahneman demonstram que as *bolstering assumptions* (hipóteses de suporte) não são confirmadas pela observação.[31]

133 Pode-se concluir, no conjunto, que o modelo da escolha racional pode, sempre, servir a quem estuda ciências sociais, como primeira aproximação aceitável. Claro que o modelo não é uma descrição totalmente fiel, ao menos se a decisão estudada recair sobre problemas complexos, ou na qual intervém a incerteza ou o risco (probabilidades).[32] Aquilo que se descobre empirica-mente ilumina o papel essencial das normas para simplicar os problemas de forma que o espírito humano possa resolvê-los. Williamson chama a atenção para a importância desse limite na análise do direito.[33] Mais recente, a cor-rente de pesquisa denominada *Behavioural Law and Economics* procura enri-quecer o modelo da escolha racional, tornando-o mais realista e permitindo

28. Simon 1986a, 28.

29. Becker 1981, 245 s.

30. Tsebelis 1990, 33-39.

31. Tversky/Kahneman 1986, 89-91.

32. Taleb 2004 descreve mil e uma formas em que o espírito humano se afasta da racionalidade com-pleta, devendo cuidar do fenômeno das probabilidades.

33. Ver, por exemplo, Williamson 1975, 1985, 1986, 1996.

compreender anomalias inexplicáveis nas análises da corrente principal.[34] Houve, já, debate crítico com Posner.[35]

Seção 3

A incerteza

1. ESCASSEZ, INOVAÇÃO E INCERTEZA

134 A escassez nos força a utilizar as coisas à nossa disposição melhor e a imaginar novas formas ou meios de fazê-lo. A inovação que modifica o am-biente de outro lado força a que nos adaptemos ao novo modo de fazer. A natureza põe os seres humanos diante de mudanças imprevistas que alteram as previsões e os obrigam a se adaptar, encontrar novas maneiras de fazer. A incerteza ou a ignorância relativa a circunstâncias que afetam nossa vida e o elemento-surpresa resultantes são aspectos inafastáveis da condição humana. Levar em conta a incerteza, pela inovação e pela absorção do risco, carateriza toda a atividade humana.

135 É preciso encontrar as pessoas que procuram inovar. Considere-se o exemplo de Brenner[36] do bicarbonato de sódio. O produto é, de longa data, empregado na cozinha e contra males estomacais. Poucos consumidores sa-bem que pode ser empregado para eliminar odores do refrigerador. Em 1972, a publicidade de um fabricante do produto chamou a atenção para essa pro-priedade. Um ano depois, mais da metade das donas de casa norte-americanas mantinha uma caixa de bicarbonato de sódio em seu refrigerador.

136 O fabricante poderia ter certeza quanto à aceitação do produto pelos con-sumidores? Nada seria menos certo. O produtor assumiu um grande risco e, nesse caso, ganhou. Em outros casos, houve insucesso.

137 Tal tipo de incerteza é encontrado, com grandes variações, em todos os aspectos da vida. O emigrante sabe se vai conseguir ganhar a vida em seu país de adoção? O cientista sabe se a pesquisa dará resultado? O comerciante sabe se seu produto responde a uma necessidade dos consumidores? A empresa que assina importante contrato internacional sabe se, no momento do paga-mento, a moeda nacional estará apreciada ou depreciada em relação à moeda do contrato?

138 As questões são respondidas negativamente. Vale dizer que todas as pes soas mencionadas aceitam correr os riscos referidos. A incerteza, as perturba-

34. Langevoort 1998; Jolls et al. 1998a; Sunstein 2000; Jolls/Sunstein 2004; Jolls 2007.

35. Jolls et al. 1998b; Kelman 1998; Posner 1998a.

36. Brenner 1987, 26.

ções de nossas previsões, são onipresentes. Desenvolvemos meios de fazer e de pensar que nos permitem absorver essa incerteza sem desfazer a vida social.[37]

139 Imaginar novas formas de fazer não é automático. No momento em que se enfrenta uma dificuldade, não é evidente como resolvê-la. Boas ideias não são, de regra, abundantes. As invenções e as inovações merecem encoraja-mento especial.

2. A TRANSFERÊNCIA DO RISCO

140 Em nossa sociedade, nem todos têm o mesmo desejo nem a mesma apti-dão para enfrentar um risco definido. Os comerciantes formam uma socieda-de para implementar um projeto que ultrapassa, para cada um, o nível de risco que aceita suportar. As seguradoras podem absorver riscos bem delimitados operando em escala muito grande e diversificando os riscos segurados. Para outros é o conhecimento profundo de uma atividade determinada o que lhes dá vantagens perante leigos para absorver os riscos a ela associados. É o caso do comerciante que opera no mercado de opções-futuros, e pensa poder espe-cular melhor sobre o futuro que seu cliente.[38]

141 Cada um buscará, conforme as instituições, a quem transferir o risco, seu nível preferido de risco. Pode-se considerar, no que tange à transferência de riscos, que sua alocação nos contratos é dimensão importante em todas as instituições jurídicas que dispõem sobre o mercado.

142 A redução, o pôr em comum e a transferência de riscos tornam viável um número de projetos que, de outra forma, não o seriam (visto que muito arriscados). Essas instituições aumentam a possibilidade de trocas e, pois, do bem-estar. Trataremos dela mais profundamente em capítulo distinto.

Seção **4**

O individualismo metodológico

143 A sociedade humana, na concepção econômica que aqui apresentamos, é um universo de decisões. Grandes ou pequenas, as decisões se impõem porque não vivemos na abundância paradisíaca. Alimentação, vestimentas, abrigo, mas também fontes efêmeras de nosso bem-estar, como amor, poder,

37. Wildavsky 1988.

38. O papel da especulação será abordado no capítulo que trata do mercado.

prestígio, são limitados. É preciso escolher um para ter seus benefícios e, usualmente, privar-se de outro.

144 As escolhas que aqui interessam são as dos *indivíduos* que vivem em so-ciedade.[39] Os fenômenos sociais são analisados a partir dessas escolhas. A análise parte do indivíduo. Todo fenômeno coletivo deve ser explicado a par-tir de comportamentos individuais. “Não há sociedades, apenas indivíduos que interagem. Mas a natureza da interação permite reconhecer grupos de pessoas que interagem mais entre elas do que com membros de outros gru-pos.”[40] O “bem-estar da sociedade” deve ser compreendido em função do de seus membros. As escolhas coletivas da sociedade devem ser analisadas como resultantes da composição de escolhas individuais. O “Estado”, o “governo”, o “povo” ou o “sindicato” não pensam, não decidem eles mesmos, mas indi-víduos agem em seu nome, respeitando, imagina-se, os critérios de decisão aplicáveis e outras restrições. É o que se denomina de princípio do *individua-lismo metodológico.*

145 Ao individualismo metodológico se opõe a concepção que admite que fe-nômenos coletivos possam ter vida autônoma e mesmo “determinar” o com-portamento dos indivíduos. Segundo Boudon, certos sociólogos, por exemplo, “fazem do *Homo sociologicus* um ser movido por forças exteriores [...]”, por-tanto as *ações* teriam a realidade de respostas determinadas pelas “estruturas sociais”.[41] A seguir, os fenômenos coletivos serão tratados como metáforas, convindo explicar sua natureza na medida em que se tome como composição de ações individuais.

146 Adotando como princípio de análise o individualismo metodológico, não pretendemos negar que os fenômenos coletivos – estruturas sociais, institui-ções, grupos humanos – tenham interesse independente daquele dos indiví-duos que para eles contribuem. Geralmente, a sociedade é mais do que uma simples soma de ações e intenções individuais. O estudo das interações hu-manas permite enfrentar muitas situações típicas em que as ações individuais levam a paradoxos, resultados que aparentam não serem desejados pelos au-tores.[42] Boudon, em seu livro de 1977, as denominou *efeitos perversos.*[43] Mas as

39. Laurent 1994 constitui excelente exposição, analítica e histórica, do individualismo metodoló-gico.

40. Elster 1989a, 248 (tradução).

41. Boudon 1977, 12. Ver também Boudon 1979 e Boudon 1984, 66. Boudon, ele mesmo convém notar, não é partidárrio de tal concepção “colectivista”. M. Aftalion (1978, 63) exprime assim: “com todo rigor a leis macroeconômicas não pode resultar da composição das leis do comportamento indi-vidual”. A essa posição metodológica pode-se, evidentemente, fazer corresponder uma visão política, como fez M. Aftalion 1978, 214.

42. Popper 1963, 342, escreve: *“the main task of the social sciences [...] is to trace the unintended social repercussions of intentional human actions”*. (“a função principal das ciências sociais [...] é traçar as re-percussões sociais não pretendidas das ações humanas intencionais”).

43. Boudon 1977.

interações entre seres humanos nem sempre levam a resultados paradoxais ou indesejáveis. Na sua obra de 1984, Boudon emprega termos neutros, como *efeitos emergentes, efeitos de agregação* ou de *composição*.[44]

147 O princípio do individualismo metodológico se justifica pela sua parci-mônia. Ele leva para a análise pequeno número de elementos não explicados que não aparecem na tese da vida autônoma dos fenômenos coletivos. *Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.[45] Nem sempre é tão evidente como fazer para, de um fenômeno coletivo, retornar para as ações individuais.[46] Essa pesquisa é, contudo, interessante, mesmo se não frutífera, e muitas ve-zes, fonte de aprendizado. Os casos que não se podem reduzir, se os houver, constituirão paradoxos que justificam a remissão ao princípio.

148 Após o exame das decisões individuais, convém, agora, estudar como os indivíduos decidem quando interagem com outros. A decisão de um pode depender da de outro, ou outros, e vice-versa. A análise dessas interações traz à luz certo número de efeitos emergentes.

INDO ADIANTE

149 Sobre decisão, e a presumida racionalidade de quem decide, lê-se, com interesse, o breve livro de Sfez,[47] assim como o de Frey.[48] Sobre o tema da decisão e da incerteza, e da aquisição de conhecimento em face da decisão, leia-se Sowell.[49] A primeira parte do livro de Hargreaves-Heap et al. trata da decisão individual e tem um capítulo que opõe o *Homo economicus* ao *Homo sociologicus.*[50] Embora não especialmente redigido para o jurista, esse texto é acessível e interessante. Elster reúne, em um pequeno volume, artigos clás-sicos sobre escolha racional e seus limites do ponto de vista filosófico, eco-nômico e psicológico.[51] O interesse e limites da racionalidade para o direito aparece na obra coletiva organizada por Katz que traz, além disso, estudos críticos formulados contra a análise econômica do direito.[52]

44. Boudon 1984.

45. Os seres não devem ser multiplicados além da necessidade. Esse preceito, conhecido sob a deno-minação "rasoir d'Occam", não foi jamais formulado tal como por este filósofo inglês do século XIV. Segundo Bertrand Russell, ele teria dito, apenas: "É errado fazer com mais o que pode ser feito com menos" (Russell 1979, 462-3).

46. Ver a lista de efeitos não intuitivos de Boudon 1984, 67-69.

47 Sfez 2004.

48. Frey 1997.

49. Sowell 1980.

50. Hargreaves Heap et al. 1992.

51. Elster 1986.

52. Katz 1998.

capítulo 2

As relações entre pessoas

> *"Uma ciência social genuína, então, descrevia como os homens se ajustam a certas leis variá-veis e enfatizaria quão pouco podem, ou mesmo devem, fazer para controlar suas sociedades."*
> ***Barry 1982, 34***

150 O direito articula soluções não violentas para conflitos que podem surgir entre indivíduos e define as instituições que têm como vocação fazer pre-valecer tais soluções. Para compreender o direito, convém indagar sobre as relações entre indivíduos em sociedade, sobre as fontes recorrentes de con-flitos e sobre as regras e instituições descobertas para prevenir sua eclosão. A exploração tocará no que, conforme Hayek, é denominado *ordem espontânea,* quer dizer, as estruturas de cooperação que se estabelecem no curso das interações entre indivíduos sem terem sido planejadas por uma autoridade externa.

INTRODUÇÃO: TEORIA DOS JOGOS

151 Cerca de 30 anos depois, nova e possante ferramenta veio para facilitar o estudo: a teoria dos jogos. O nome não é muito feliz. A teoria dos jogos não tem nada especialmente lúdico. É mais uma teoria de interações entre seres humanos e deveria ser denominada – menos elegantemente – de teoria das *interações estratégicas*.[1] Enriquece as considerações do capítulo preceden-te no que tange à racionalidade de escolhas, estudando situações em que quem decide está diante de um adversário inteligente (mais do que faz face à natureza).

1. Encontraremos história, cuja leitura se recomenda, de teoria dos jogos em Poundstone 1992.

152 A teoria dos jogos suscita interesse para as ciências sociais, tanto em ciência econômica,[2] quanto em ciência política,[3] e sociologia,[4] em antropo-logia[5] e em direito,[6] e mesmo em filosofia.[7] Tal interesse, não limitado a um só país, se manifesta na maior parte dos países ocidentais. A teoria dos jogos constitui ponto de alinhamento das ciências sociais.

153 O estudo do direito, com a ajuda da teoria dos jogos, começa há cerca de 20 anos. A natureza dos jogos de interação era, intuitivamente, aparente para bom número de pensadores que marcaram a história das ideias sobre o direi-to, de Maquiavel a Rousseau e Marx, passando por Hobbes, Locke, Hume e Adam Smith. Mas a formalização por intermédio da teoria dos jogos permitiu compreender melhor sua natureza e dinâmica.

154 Depois da primeira publicação, que consagra de forma expressa a aplica-ção da teoria dos jogos ao direito, de Edna Ullmann-Margalit,[8] até os traba-lhos de Axelrod em 1984, e de Sugden, em 1986,[9] a atenção recaia sobretudo no que Jon Elster denominou o *programa Hayek*,[10] a questão de saber como a "ordem espontânea" é possível. Entenda-se por "ordem espontânea", segundo Norman Barry, "as regularidades em sociedade ou as sequências de eventos que não são nem (1) produto de uma deliberada construção humana (*delibe-rate human contrivance*), (assim um código de direito ou um plano econômico) nem (2) estão na ordem dos fenômenos puramente naturais (assim uma con-dição climática)".[11] A questão é central para o jurista, pois se o direito, nas suas raízes, é um fenômeno de ordem espontânea, pode existir antes da lei e

2. Ver Brennan/Buchanan 1985, c. 1; Hargreaves Heap et al. 1995; Hirshleifer 1987 (segunda parte); Schelling [1960]/1980, 1978, 1984, 2006; Schotter 1981, 1986; Schübler 1990; Sugden 1986.

3. Axelrod 1984, 1986, Axelrod/Keohane 1986, 1988; Brams 1975, 1985; Elster 1989; Hardin1982, 1988, 1990; Nicholson 1989, 1992; Oye 1986; Stein, 1990; Stern et al. 1989; Taylor 1982, 1987, 1990.

4. Boudon 1977, 1979, 1984; Coleman, 1990a e b; Hechter/Opp 2001; Opp 1983.

5. Pestieau 1984.

6. Goetz 1984, 8-36; Kerkmeester 1989; Mackaay 1988.

7. De Jasay 1989; Heath 2001; Parfit 1986; Schmidtz 1991; Ullmann-Margalit 1977.

8. Ullmann-Margalit 1977, que poderia estar inspirado em trabalhos anteriores de Schelling 1960 e de Lewis 1969. Encontram-se teses próximas mas menos explícitas para o que sejam as normas em Boudon 1977, 1979, 1984.

9. Axelrod 1984; Sugden 1986.

10. Elster 1989a, 250, remetendo a Hayek 1973-1979. Cf. a seguinte passagem segundo uma obra ulterior de Hayek: "As práticas que levaram à formação da ordem espontânea têm muito em comum com as regras seguidas quando se participa de um jogo. [...] Um jogo é, sem dúvida, a clara instância de um processo no qual obediência a normas comuns por pessoas que perseguem propósitos dife-rentes e até conflitantes resulte em ordem superior". Hayek 1988, 154.

11. Barry 1982, 8 (tradução). Na p. 7, Barry escreveu que a ordem espontânea é "*A ideia de que muitas dessas coisas de benefício geral no sistema social são produto de forças espontâneas fora do controle do homem*". Sobre a ordem espontânea na sociedade, ver também Ullmann-Margalit 1978; Cunningham 1979; Sugden 1989, 1998a e b; Eggertsson, 1990.

seu conteúdo não pode se reduzir a injunções legislativas do Estado. A partir de 1986, muitas publicações aprofundaram a análise de tal aspecto.[12]

155 Há, ao lado dessa primeira visão, uma outra que se volta para a origem e justificação do Estado, ou, de outra forma, para a natureza do contrato social. Desde a antiguidade se invoca o contrato social "para explicar a gênese da sociedade e, mais precisamente, a sociedade civil ou política".[13] O contrato social suportaria a autoridade pública, cuja primeira função seria produzir os bens coletivos, assim a segurança contra os inimigos externos (defesa) e a ordem pública interna (sistema de direito).

156 A teoria dos jogos distingue os jogos de puro conflito, os jogos de simples coordenação e os "mistos". Os jogos de puro conflito representam situações de completa oposição de interesses, sem espaço visível para entendimento – guerra total.[14] O direito não tem espaço nessa área. Os jogos de simples coor-denação, de sua parte, traduzem situação em que cada um dos participantes, para evitar um conflito, têm interesse em adotar comportamento compatível com o dos outros. A conduta, de forma sistemática, seja à esquerda ou à direi-ta, de um ou outro, bem o ilustra. Há, enfim, os jogos "mistos", nos quais a cooperação é vantajosa para os dois jogadores, mas em que é ainda mais van-tajoso para um jogador ser cauteloso em relação ao outro, enganá-lo, desde que o outro não faça o mesmo, porque isso põe fim à cooperação. São os últi-mos os jogos que ilustram melhor o papel do direito. Como são, igualmente, os mais complexos, convém começar pelo estudo dos jogos de coordenação.

Seção **1**

Jogos de coordenação

1. A COORDENAÇÃO SIMPLES

157 Problemas de simples coordenação aparecem em situações de interação nas quais os participantes são, em princípio, indiferentes entre as opções que lhes são apresentadas (por exemplo, dirigir à direita ou à esquerda), mas em

12. De Jasay 1989; Kerkmeester 1989, 1993; Mackaay 1988, 1991a; Schmidtz 1991; Taylor 1987, 1990.

13. Goyard-Fabre 1983, 7.

14. Mesmo durante a guerra, pode haver espaço para entendimento. Veja-se o tratamento de prisio-neiros de guerra, o uso de armas químicas. O direito formaliza este "entendimento" sob forma de uma convenção internacional. Verr Schotter 1981, 39 ss.

que cada um tem interesse de que seu comportamento seja adaptado ao dos outros. Qualquer coordenação é preferível, aos olhos de todos, a nenhuma coordenação (caos).

158 Como se decidiu dirigir à direita mais do que à esquerda (ou o inverso na Grã-Bretanha)?[15] Ao longo do tempo, a frequência da passagem dos veículos na rota e sua velocidade eram raras, importava pouco de que lado da via cir-culavam. É assim até hoje, para os pedestres, nas calçadas. Mas, à medida que o número de veículos e sua velocidade aumentam, é preciso prestar atenção, a fim de evitar decisões de último segundo. Cada um deve, sistematicamente, ficar de um lado da estrada. A questão é saber qual lado privilegiar.

159 *A priori*, não há qualquer razão para adotar a regra de dirigir à direita ou o inverso. Presuma-se que, na saída, no início do trajeto, metade dos motoristas fique à direita e a outra metade à esquerda. Suponha-se agora que um grupo de motoristas decide adotar a regra de dirigir à direita. Se representarem 10% dessa população, encontraremos na estrada 55% de motoristas à direita e 45%
à esquerda. Os motoristas mais perspicazes percebem a diferença e, se procu-rarem evitar decisões de último segundo, escolherão dirigir sistematicamente
à direita. Admitamos que isso afete mais 10% dos motoristas. As proporções serão, agora, 60% (à direita) contra 40% (à esquerda). A diferença se torna perceptível para pessoas menos perspicazes, o que, por sua vez, leva a outras conversões, e assim por diante. O processo continua até que a totalidade dos motoristas se mantenha à direita. A regularidade que resulta é tão forte, que a pessoa que não se conformar deverá manter atenção continuadamente (e isso se faz sem dúvida regularmente ao dirigir).

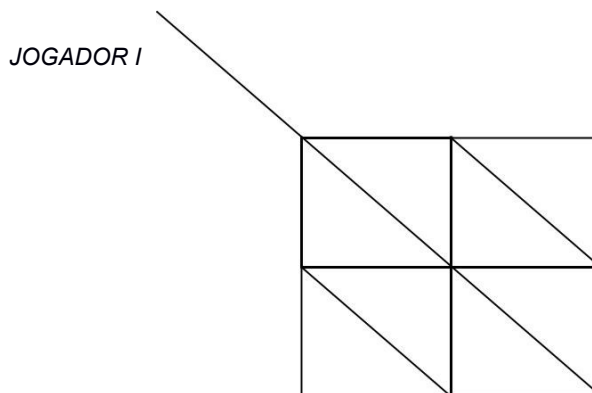
160 A situação que analisamos é simples, visto que uma só regra de conduta para todos resolve um problema de coordenação. A regra de comportamento pode, na origem, não apresentar qualquer vantagem sobre a oposta. Basta breve deslocamento de preferências para que uma das regras seja aceita e se imponha progressivamente como norma. Tal norma pode, no início, ser arbi-trária. A norma contrária existiria e poderia ganhar a preferência em seguida à anterior. Nada obstante, uma vez estabelecida, a norma fornece solução previ-sível para as interações.[16] Ninguém tem interesse em se desviar; a norma é *self*

15. O exemplo é igualmente empregado por Fuller 1971, 184.

16. O que denominamos solução estável corresponde à noção técnica *collectively stable strategy em* Axelrod (1984, 170, 210) e *evolutionary stable strategy* (ESS) ou *stable equilibrium* em Sugden, 1986 (27-31). Tal estratégia tem duas propriedades. Desde logo, é a melhor resposta a ela mesma, quer dizer, que se um dos jogadores a adota, o outro jogador obtém o melhor resultado possível ao igualmente adotá-la. Em segundo lugar, não há outra estratégia constituindo tão boa resposta, que pudesse deslocar a primeira. Tal solução estável constitui uma regularidade que é respeitada por si mesma (*self-enforcing,* 32). Na terminologia adotada por Sugden, uma solução estável é denominada *convention*, enquanto que, pela interação em questão, muitas soluções estáveis são possíveis, daí uma apenas se estabelece de fato.

enforcing[17] (autoaplicável e respeitada). Para esse tipo de situação, basta que o direito articule a regra, que a recepcione. A coordenação de comportamentos se produzirá sozinha, ou quase. Não há problemas sérios de fiscalização de respeito às regras.

161 O jogo pode ser representado pelo seguinte diagrama:

Diagrama I, 2.1 – A conduta à esquerda ou à direita

162 Os dois eixos indicam as opções que podem ser adotadas pelas duas pes-soas, ou "jogadores", na interação. Quatro tipos de interações são possíveis, cada um correspondendo a um quadrante do tabuleiro. No interior de cada um dos quadrantes estão os resultados para cada jogador, à esquerda os do jo-gador I e à direita os do jogador II. O que importa não é tanto o valor absoluto do resultado, mas seu valor relativo, quer dizer, em comparação com o que o jogador pode obter adotando opção diferente.

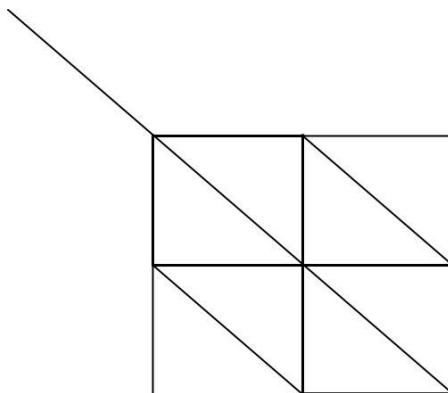
163 O diagrama ilustra as indiferenças dos jogadores entre a conduta à es-querda e aquela da direita. Ambas as soluções seriam, pois, preferíveis aos comportamentos não coordenados (casos norte-leste e sul-oeste). São repre-sentadas situações como a regra de conduzir à esquerda ou à direita, ou os semáforos de circulação ou, ainda, as velocidades padronizadas dos marcado-res (33, 45, 78 voltas), bem assim as leituras de cassetes e discos compactos. Exemplos mais clássicos são o calendário Justiniano ou Gregoriano, as con-venções sobre local e dias de mercado, ou das horas de abertura dos estabe-lecimentos comerciais. A moeda constitui outro sistema de coordenação que não foi inventado por ninguém mas que se desenvolveu espontaneamente.[18]

17. Stein 1990, 42 estima que uma regra é "*self enforcing"* desde que o custo do desvio seja imediato (mais do que futuro) e se impõe por si mesma (mais do que uma reação punitiva do ou dos outros jogadores).

18. Ver Sugden 1986, 52; O'Driscoll/Rizzo 1985, 191-98; Friedman 1992, xi; Braudel 1979, t. 1,414 s.; Braudel 1985, 20-21; genericamente Hume [1740]/1975, nº 257, 306; Menger [1871]/1976,c. 8: The theory of money (257-285); Menger 1991; Simmel 1990; von Mises 1934; Salin 1990.

2. A COORDENAÇÃO ASSIMÉTRICA

164 Modificando os resultados, obtêm-se outras situações bem conhecidas.

Diagrama I, 2.2 – A linguagem da comunicação

165 O segundo diagrama representa a fixação da linguagem de comunicação entre pessoas de idiomas diferentes.[19] Vê-se bem que os dois jogadores ganham se puderem falar usando idioma comum (casos nordeste e sul em oposição aos outros dois). Os resultados variam, portanto, para os dois jogadores, conforme a língua adotada. O que deve empregar uma segunda língua deve se esforçar, ou estará em posição inferior (*handicap*), o que se traduz por um resultado inferior (em contraposição a 2). Os resultados variam conforme o grau de bilinguismo dos jogadores. Se os dois forem bilíngues em inglês e francês – mas quem o é? – os resultados seriam 2 para cada um dos jogadores nos quadrantes norte-oeste e sul-leste, e a solução seria indiferente. Certas pessoas que são fluentes em dois idiomas, por cortesia, ou por galanteria, falam o idioma do outro. Nesses casos, os quadrantes sul-oeste e norte-leste teriam resultados positivos e, pode ser, até mesmo mais elevados que as outras duas casas. Diga-se, ainda, que nesse caso o problema dos idiomas ora discutido não se poria. Novamente pre-sumimos a mesma situação (invertida) para os dois jogadores.

166 Em princípio, as duas soluções (quadrantes norte-oeste e sul-leste) tornam a comunicação possível. Cada jogador prefere uma delas, à falta de comunica-ção.[20] Mas, como os resultados variam, cada jogador tem interesse em que, no início, a escolha recaia sobre sua língua materna. É sempre verdade que, uma vez adotada a solução, a convenção seja respeitada sem grande esforço pela par-

19. Breton 1978; Migué 1979, parte II.

20. É nisto que um jogo difere de jogos mistos do dilema do prisioneiro e do falcão e da pomba que seria matéria seguinte.

te que, ao se afastar, pune a si mesma. Todo o jogo se concentra sobre a maneira de determinar a escolha comum. A diferença, em face da situação precedente, decorre de que, nesse caso, um idioma (opção) determinado é vantajoso para qualquer jogador desde que tenha o capital físico ou humano que lhe permita adotá-lo, com custo muito menos elevado do que a outra opção.

Adotar outro idioma se torna uma "depreciação acelerada" do capital, uma "perda de capital" que é preciso inserir no balanço contra os ganhos futu-ros de uma comunicação mais ampla (o outro idioma sendo mais amplamente compreendido e falado).[21]

167 A situação parece descrever bem as disputas sobre a adoção de padrões comuns de todo tipo, assim, por exemplo, no campo da informática e em outros setores técnicos, em que se trata de garantir a compatibilidade ou a "transportabilidade" dos produtos. Sonhemos com sistemas operacionais em matéria de informática, normas para a nova geração de televisores de alta de-finição, ao sistema métrico. Igualmente, como menciona Stein,[22] a adoção de uma bitola comum nas ferrovias na Europa, ou de um idioma único na aviação internacional ao lado do nacional, põe um dilema desse tipo.

168 A lógica do dilema permite compreender o interesse em fixar, tanto quan-to possível, normas comuns: cada um evitará as perdas de capital que foram evocadas. Inversamente devemos sempre evitar fixar a norma muito cedo, pois arrisca-se deixar de lado opção que melhor evitaria resultados indesejá-veis. Mas, para descobrir a melhor entre soluções possíveis, seria necessário experimentar muitas, o que implica a formação de capital com os proble-mas que acabamos de apontar. Como o problema é complexo, o mais provável é que a solução também o seja.[23]

3. A COORDENAÇÃO POR DIFERENCIAÇÃO DE PAPÉIS

169 Os problemas de coordenação podem, ainda, aparecer sob outra forma, como ilustra o exemplo da conversação telefônica rompida (queda de linha).[24]

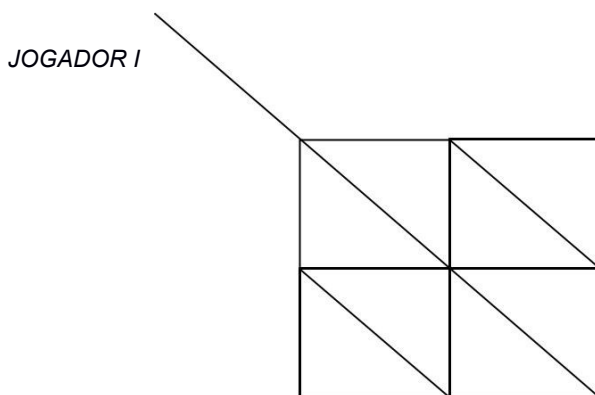
21. Na Suécia, a troca de direção à esquerda contra fazê-lo à direita forneceu um exemplo. Imagine-se a campanha necessária para a preparação e a prudência de todos os motoristas durante o período de apren-dizagem da nova norma. Mais perto de nós, lembremo-nos das dificuldades com a introdução do sistema métrico no Canadá. A maior parte dos canadenses "pensa" ainda a temperatura e distâncias de estrada em unidades métricas. Mas para medidas empregadas na construção, nas receitas culinárias ou no talhe das pessoas, o sistema imperial persiste. Outras mudanças não tiveram sucesso. Em matéria de idioma, por exemplo, parece vantajoso adotar uma língua universal que permita a fácil comunicação com todo o mundo, uma *língua franca.* Mas o esperanto, língua concebida para tal papel, nunca se impôs como *língua franca.* Ao longo da história, diferentes línguas naturais tiveram esse papel. O desaparecimento das línguas naturais é um fenômeno muito lento. Elas parecem poder existir conjuntamente com uma *língua franca.*

22. Stein 1990, 43.

23. Heiner 1983.

24. Ele é elemento central na *La voix humaine*, de Francis Poulenc, tragédia lírica em um ato sobre texto de Jean Cocteau. A namorada frustrada diz: " 'Alô, querido...' se cair, telefone-me em seguida",

No meio de uma conversação telefônica, a comunicação é interrompida. Por po-lidez, seu interlocutor e você tentam restabelecê-la logo em seguida. Ora, cada um compondo o número do outro, recebe o sinal de ocupado. Cada um desliga e repete a experiência para chegar ao mesmo resultado. Frustrado, você se diz que, da próxima vez, não será o primeiro a chamar. Assim, se o seu interlocutor adotar a mesma estratégia, as coisas não avançam. Vocês não se falarão.

Diagrama I, 2.3 – A comunicação interrompida

170 A fonte do mal é evidente, deve-se notar, mas não se pode lembrar a ambos, de cada vez, que é preciso uma coordenação que *diferencie os papéis.* Basta a simples prática atribuindo a obrigação de chamar novamente àquele que fizera a ligação inicial. Tal prática é um pouco mais complexa do que a de conduzir à direita ou à esquerda, pois não impõe uma conduta uniforme, mas comportamentos diferentes segundo o papel que se desempenhe na interação. É, entretanto, tão estável quanto a outra, porque o jogador que se desviar será automaticamente penalizado. Há muitos exemplos: prioridade à direita nos cruzamentos; prioridade a veículos que estejam no interior de uma rotatória so-bre os que querem ingressar. Diante da porta de restaurantes, perguntamo-nos quem tem a prioridade, os que entram ou os que saem. O sentido em que as portas se abrem – no Canadá para o exterior, na Europa, mais usualmente para o interior (no Brasil não há regra) – pode levar à solução.

4. O ABANDONO E A PROGRESSIVA EMERGÊNCIA DA NORMA

171 Nas situações examinadas acima há muitas soluções, cada uma levando a uma coordenação estável. Em certos casos as soluções são perfeitamente

porém, ela mesma restabelece a ligação. “Atenção! Auteuil 04, vírgula 7. Alô! Ocupado? Alô, senho-rita, ele me chama... Bem”. Ver também Lewis 1969, 5, 11-12, 36 ss.

equivalentes. Em outros elas não o são do ponto de vista individual de cada jogador. Cada jogo leva, ainda assim, a uma solução estável. Uma vez que a regra exista, todos têm interesse em segui-la. Mas como fixar, no início, a es-colha de uma regra sobre outra? Certas soluções são "evidentes" (*prominent*) ou ressaltam, "*vont de soi*", se impõem por si mesmas.

172 Schelling, em 1960, estudara o problema. Para ele, "a maior parte das situações [...] tem uma chave para coordenar os comportamentos, um foco de atenção de cada pessoa para o que espera em relação ao que as outras es-
peram será feito".[25] Essas chaves dependem bem mais da experiência do que da lógica ou das qualidades técnicas: "uma analogia (com as convenções em vigor), um precedente, um arranjo fortuito, uma simetria, uma configuração estética ou geométrica, um argumento casuístico, assim como a identidade
das pessoas e o que cada uma sabe sobre a outra".[26] Schelling dá seu célebre exemplo de duas pessoas que combinam encontro em New York, esquecendo de fixar o local e a hora. Onde, então, se reencontrarão? A escolha, indicada pela maior parte das pessoas em experiência feita por Schelling, é a Grand Central Station, ao meio-dia.[27]

173 O que deve chamar a atenção é que tais soluções, para situações de inte-ração recorrentes, tendem a se generalizar sem que a pessoa o planeje. São,
como diz Sugden, *self-propelling*.[28] A partir do início, uma das soluções pos-síveis é adotada por número cada vez maior de pessoas, cada novo converso contribui para a visibilidade da solução para outros. Tal convergência leva à adoção geral (ou quase isso) da regra que, então, como vimos, é estável e pode ser denominada, segundo a terminologia de Lewis, de uma *conven-
ção*.[29] O fenômeno de convergência ilustra um aspecto característico da ordem espontânea.

174 A convergência se dá por si. Pode ser acelerada pela comunicação entre as pessoas a que se referir ou pela publicidade dada à solução dominante.

25. "*Most situations [...] provide some clue for coordinating behavior, some focal point for each person's expectation of what the other expects him to expect to be expected to do.*" Schelling 1960, 57; "Muitas situações [...] geram alguma espécie de comportamento coordenado, algum foco para a expectative de cada pessoa do que os outros esperam que ela espera seja esperado que faça". Sugden 1986, 42-54. Ver também Sugden 1995.

26. "Encontrar a chave, ou melhor, uma chave – qualquer chave que seja mutuamente reconheci-da como a chave – pode depender de analogia, precedente, acordo acidental, simetria, estética ou configuração geométrica, raciocínio casuístico, e quem são as partes e o que sabem sobre a outra." Schelling 1960, 57 (tradução). Cf. a tese de John Kay, em "The Foundations of Corporate Success" (1993), desejando que "[o] tamanho da base instalada e a credibilidade do fornecedor importam mais para o sucesso de um padrão do que a qualidade técnica do produto" (*The Economist*, de 14 de abril de 1993, 69).

27. Schelling 1960, 55.

28. Sugden 1986, 45.

29. Lewis 1969.

Imagine-se, por exemplo, a padronização da ortografia resultante da tradu-ção da Bíblia para linguagem vulgar. Vê-se aqui o papel do direito. A lei e a jurisprudência podem acelerar o estabelecimento da ordem, renunciando, explicitamente, à solução que está em curso de se impor espontaneamente. Como o horário de verão, o sistema métrico, o boné no *hockey*.[30] O direito tem papel de ferramenta de publicização das regras. O direito tem, então, valor simbólico.

175 A adesão das pessoas a uma norma ou padrão pode, demais disso, ser acelerada à medida que o número dos já aderentes aumente. Sua decisão de aderir a um sítio de correio eletrônico aumenta o interesse de outros em fa-zer o mesmo. Isso se dá nas decisões sobre aprender idiomas, o computador ou sistema de exploração para compras, a moeda a ser utilizada em operações internacionais. Na terminologia dos economistas, diz-se que a norma ou o padrão criam *externalidades de rede* (literalmente externalidades de locais).[31] A norma que tem tal propriedade não é, necessariamente, a melhor. O es-peranto pode, teoricamente, ser a língua mais simples de aprender, mas as pessoas não o fazem se não estiverem convictas de que outros o farão. Para garantir a adesão, é necessária *massa crítica* ou a crença de que esta já existe.

176 O que antecedeu pode dar a impressão de que todo problema de coorde-nação termina por se resolver em uma ordem espontânea. Ora, essa tese não é, de regra, sustentável. Considere-se, a título de exemplo, a grande diversi-dade de forma e localização de mecanismos para abrir ou fechar elevadores. Não se vê qualquer convergência sobre localização uniforme. A ordem espon-tânea existente pode ser dividida em muitas ordens distintas desde que haja interrupção de comunicação entre participantes da ordem inicial. A divisão do latim em muitos idiomas latinos o exemplifica.

Seção **2**

Jogos de cooperação

177 Os jogos de cooperação se parecem com o que viemos examinando no sentido de ser a cooperação vantajosa e preferível à recusa dos jogadores de cooperar. Diferem pela existência de um elemento estratégico – se um dos jogadores adotar uma posição cooperativa, o outro, sabendo disso, tem in-teresse em enganar (não cooperar) o que gera um retorno (*pay off*) maior do que se cooperar. Por isso, se os dois jogadores escolherem enganar o outro, os ganhos da cooperação evaporam. Nos jogos de cooperação, a dimensão

30. Exemplos reunidos por c. 7 de Schelling 1978.

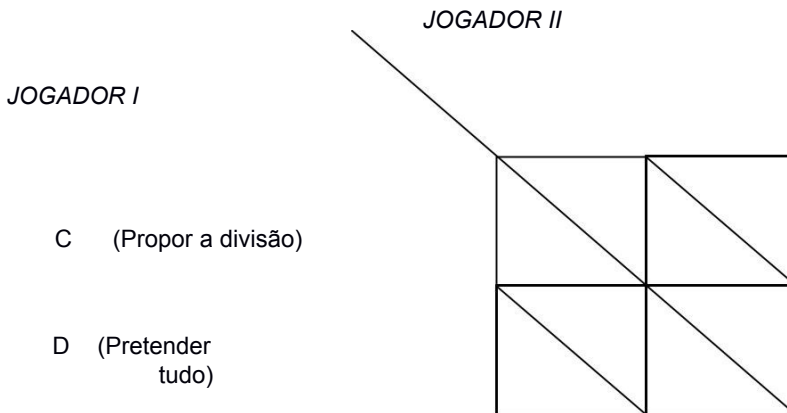
31. Wärneryd 1998; Shapiro/Varian 1998, c. 7.

estratégia é essencial. No que se segue, estudaremos esses jogos para esclare-cer as regras de atribuição (propriedade), as de reciprocidade (contrato) e as relacionadas à ação coletiva.

1. REGRAS DE ATRIBUIÇÃO (A PROPRIEDADE)

a. *Apresentação do jogo*

178 Imagine a seguinte situação. A pessoa tem, diante de si, duas crianças que foram convidadas a desenhar. Inexplicavelmente, só há um caderno para ser utilizado. Rapidamente, começam a disputar o caderno. Se cada uma das crianças persistir, o caderno será destruído e nenhuma das duas poderá colo-rir (sem contar as punições que lhes sejam impostas). Se uma das duas ceder, a outra poderá colorir, com grande prazer. A primeira ficará frustrada, mas o caderno permanece intacto. Se as duas estiverem prestes a ceder, podem se pôr de acordo para alternar o uso do caderno. Essa situação, conhecida na teoria dos jogos como o jogo *du poltron, jeu du trouillard* ou *jogo do falcão e da galinha* (*pomba*)[32] pode ser assim visualizada:

Diagrama I, 2.4 – O caderno para colorir

32. *Chicken,* em inglês. A situação que levou a denominar o jogo com esse nome é uma competição violenta entre jovens californianos apresentada no filme *Rebel without a cause*, de 1955, com James Dean (Danielson 1992, 166). Dois veículos furtados se encontram a uma centena de metros de uma falésia. Os dois competidores se encontram, cada um, ao volante do automóvel. Ao sinal ambos se dirigem para a falésia. Devem pular de seu assento e se jogar em terra no último momento para que o veículo continue no curso e caia no abismo. O que saltar primeiro perde a face ("*chicken*"); o outro é o herói. Se nenhum dos condutores ceder, os dois se matam precipitando-se do alto da falésia com os automóveis. Poundstone 1992, 69 sustenta que foi Bertrand Russell quem denominou o jogo. O biologista Maynard Keynes analisa este jogo sob o título de *hawk-dove game* (Maynard Keynes 1982, 11; ver também Sugden 1986, 58-62, 70-71; Hirshleifer 1987, 226).

179 Tomemos a posição do jogador 1. Sabendo que o outro jogador proporia a divisão, o melhor que pode fazer é aceitar. Ficar com a parcela, a parte. Se desconhecer as intenções do outro jogador, e, por hipótese, este igualmen-te pretender o caderno para desenhar, será a ruína para ambos, destruirão o caderno. Nessa hipótese, retrospectivamente, ou *ex post,* como dizem os economistas, o melhor é que cada um adote comportamento conciliador (pro-por a divisão). Mas, se desde o início, se anunciar tal intenção conciliadora, convida-se o outro jogador a jogar de forma dura, pois ele terá um benefício. Parece, então, preferível nada anunciar antes de conhecer o outro. Mas, se cada um adotar essa lógica, retorna-se ao início. A situação parece insolúvel.

180 Podemos nos perguntar se o jogo não admite outra solução. Suponhamos que o jogador 1 se comprometa, no início e de forma irrevogável, a escolher a opção D (puxar, no exemplo) e o proclame diante de seu, ou seus, eventuais ad-versários.[33] Se o adversário acreditar que a intenção é séria, o melhor que pode fazer é aceitar (opção C), porque é preferível 0 a (– 2). Dessa forma, o jogo tem uma solução estável no quadrante sul-oeste. Muitos pesquisadores sustentam que a natureza programou muitas espécies animais para tal acordo "irrevogá-vel" na defesa de seu território.[34] Maynard Keynes observa que, em combates entre dois animais referidos ao domínio de um dado recurso, quase invariavel-mente, o "proprietário" ganha e o invasor é o que cede.[35] Sugden sustenta que, nas sociedades humanas, o princípio do primeiro ocupante e o da apropriação pelo trabalho têm o mesmo papel:[36] oferecem solução previsível e estável para uma interação estruturada como um jogo do tipo falcão e pomba.

181 O resultado não se explica apenas pelas vantagens resultantes da posse do recurso. A diferença dos papéis é que fornece a explicação. Diante de uma assimetria de papéis, a solução estável consiste, precisamente, em estratégias complementares para os jogadores nos dois papéis. Como nos jogos de coor-denação tal solução se impõe por si mesma, é *self-enforcing* e estável.

b. Avançando do início

182 Podemos admitir que as convenções mencionadas levam a soluções pre-sas a um recorrente dilema de interação. Também há que mostrar como as convenções são estabelecidas. Este é o propósito de Sugden. Como nos jogos de coordenação, se for adotada uma regra baseada na divisão de papéis, mes-mo que por reduzido número de pessoas, e se as demais agirem aleatoria-mente, a regra tende a se tornar a mais visível e a mais simples solução para

33. Taylor 1990, 229 emprega o termo pré-acordo.

34. Hirshleifer 1987, 227, 231, 262, remetendo a Maynard Keynes 1982, c. 8, 94-105 e a Fredlund 1976; Sugden 1986.

35. Maynard Keynes 1982, 97: "*é muito mais usual nas disputas que se julguem em favor do proprietário*".

36. Sugden 1986, 95-97.

a interação. Dessa forma, ela se generaliza à medida que as pessoas percebam seu interesse em seguir a regra dominante. A convenção, por assim dizer, se imporá progressivamente por si só. Como nos casos dos jogos de coordena-ção, interessa perguntar qual, em matéria de regras de atribuição, é o ponto inicial que torna a regra dominante.

183 Para ilustrar seu objetivo, Sugden lembra a história da atribuição de direitos de exploração mineral no fundo do Mar do Norte. Evidente que ele não seguiu uma norma de repartição igualitária. Tal regra não ofereceria solução fácil, tendo em vista a variação do terreno e o desconhecimento sobre o potencial de ex-ploração. Não seria possível basear a norma sobre necessidades dos diferentes países: a esse título os países do terceiro mundo teriam pretensões. A repartição não foi uma simples questão de relação de forças, pois os Estados Unidos da América e a URSS nada obtiveram. Outro modelo descartado foi o da convenção internacional sobre direitos de exploração da plataforma continental, adotado em 1958 e que entrou em vigor em 1964. De fato, o acordo reservava os direitos de exploração do fundo do mar, no Mar do Norte, apenas aos países limítrofes, sendo cada porção atribuída ao país cuja costa fosse mais próxima.

184 Sugden sustenta que o critério pertence a uma família de soluções ca-racterizada pela atribuição de recursos à pessoa que já esteja no local, e de alguma forma, mais proximamente a ele associada. Em inglês, o princípio é enunciado sob a forma de adágio *Possession is nine points of the law*.[37] Sugden sustenta que se trata de princípio onipresente nas relações humanas. Em di-reito civil aparece nas regras de prescrição aquisitiva e na importância da pos-se sobre coisas móveis. No direito internacional, o recurso para determinar se um país pode fazer valer sua soberania sobre certos territórios ou regiões.[38] Os precedentes e as práticas podem ter papel análogo, notadamente nas rela-ções de vizinhança assim como nas de trabalho.

185 O papel da posse como germe de convenções é tão evidente nos princí-pios da ocupação quanto nos de acessão. Fora do direito é encontrado nas filas ou na regra do "primeiro a chegar, primeiro a ser servido". No trem conser-vam-se "direitos" sobre o assento ocupado, mesmo diante de ausência tem-porária, desde que o trem tenha iniciado seu percurso. No direito do trabalho as tarefas mais simples cabem aos últimos contratados.

186 Na mesma linha, Sugden explica o princípio da apropriação segundo o qual uma coisa é atribuída a quem tenha feito significativo esforço (apropria-ção pelo trabalho).[39] O fato de trabalhar e produzir uma coisa estabelece uma relação entre o bem e a pessoa que trabalha e a produz. A relação constitui

37. Sugden 1986, 87. Barzel 1989, 72 discute o mesmo caso. A regra "*possession vaut titre*" em francês tem sentido mais restrito e mais técnico.

38. Esforços do Canadá, por exemplo, nos anos 1980 e de novo em 2007, de assegurar, em face dos Estados Unidos da América e da URSS notadamente, sua soberania sobre o Grand Nord.

39. Sugden 1986, 95-97.

fundamento para reconhecer, na posse, uma espécie de prioridade em relação aos títulos de atribuição que outros possam apresentar.[40] O princípio da apro-priação pelo trabalho, assim como o da primeira posse, são aqui apresentados como bases de convenções cuja função é arbitrar as reclamações de diferentes pessoas sobre um mesmo recurso. Suas bases estão na utilidade da convenção que produzem, e naquilo em que são simples, evidentes, não ambíguas, e se prestam muito facilmente à aplicação a novos casos.

186a. Nota da tradutora O princípio da primeira posse ou posse "originária" no Brasil, é, atualmente, fonte de disputas entre fazendeiros e índios de diferen-tes etnias em vários pontos do território nacional. Enquanto os índios clamam pelo reconhecimento do domínio ancestral de áreas nas quais foram implantadas fazendas que produzem alimentos, os exercentes das atividades exibem títulos de domínio e alegam ter direito legítimo às respectivas propriedades.

Como observa Bernando Muller, estudioso de conflitos fundiários e profes-sor da UnB, o domínio sobre áreas tende a privilegiar aqueles em que a logística de transporte e/ou proximidade de centros de consumo são imediatamente vi-síveis. Que valor deve prevalecer em face de tais disputas, o produtivo (investi-mento, trabalho e geração de riquezas) ou a primeira posse? De outra forma, a pergunta poderia ser traduzida como: qual a escolha menos pior numa disputa entre produtores rurais e índios? Qual é o melhor interesse da sociedade?

187 Não seria a igualdade das partes mais um germe da convenção social? É, certamente, uma das convenções possíveis para resolver o jogo da divisão. Em que circunstâncias pode-se a ela recorrer como semente? No mínimo, é necessário que o objeto em questão se preste, naturalmente, à divisão e que possamos, sem muita ambiguidade, determinar a igualdade das partes. Há casos históricos em que o princípio foi adotado. Por exemplo, nas corridas do ouro, em que era impossível, depois da chegada maciça de novos grupos de mineiros, manter a exploração comum entre eles. Essa fórmula tinha certas vantagens no início das explorações.[41] Encontramo-la, ainda, no direito das sucessões e nas partilhas. Mas a igualdade das partes não é de fácil determi-nação ou de realização quando se trata de partilhar um conjunto de objetos muito diferentes ou com valor sentimental distinto ou, ainda, objetos que, mesmo de grande valor, são dificilmente divisíveis. De outra forma, é preciso determinar, com facilidade e sem dúvidas, o conjunto dos que têm direito a uma parte. Ora, tal questão não é, em muitos casos, tão evidente. De maneira geral, o princípio da igualdade parece ser menos simples de aplicar do que o que se mostrou atrás. Para objetos de notadamente difícil divisão, as con-venções relativas ao primeiro ocupante e a atribuição em razão do trabalho parecem mais satisfatórias.

40. A noção de *preponderância*, já empregada na discussão das regras de coordenação.

41. Veir Umbeck 1981a e b.

c. Conclusão: esqueleto da propriedade

188 As considerações precedentes mostram como, na interação humana, con-venções atributivas do poder de decisão sobre coisas a pessoas determinadas podem aparecer e se impor a terceiros: este o princípio central do direito ex-clusivo, do qual a propriedade é a forma mais importante.

189 Essas convenções promovem duas importantes descobertas, a da utilida-de de atribuição dos bens e a dos princípios regentes da escolha da pessoa, ou das pessoas, a que sejam atribuídos. Tais convenções podem aparecer sem a intervenção de uma autoridade planificadora e, uma vez estabelecidas, são estáveis. Convenções já reconhecidas, com frequência, oferecerão os funda-mentos que permitem encontrar soluções para novos problemas.

190 As interações estruturadas como o jogo do falcão e da pomba devem ter aparecido já nas primeiras comunidades humanas. Pode-se notar que as con-venções que as resolvem foram descobertas muito cedo na história da huma-nidade e que são muito respeitadas. A tese se presta a ser verificada por meio de pesquisas antropológicas e históricas.

191 O papel do direito, nesse tipo de interação, é mais rico do que no jogo de coordenação. Sem dúvida, o direito é ferramenta útil ao explicitar as soluções. Mas a convenção não pode ser preservada salvo se os interessados pretende-rem garantir seu respeito em face de pessoas que tentem transgredi-la. Isso dá lugar a confrontações do tipo DD (ver o Diagrama I, 2.4), em geral destrutivas e com potencial de crescer. Fazendo respeitar os direitos atribuídos, o direito contribui para prevenir a violência.

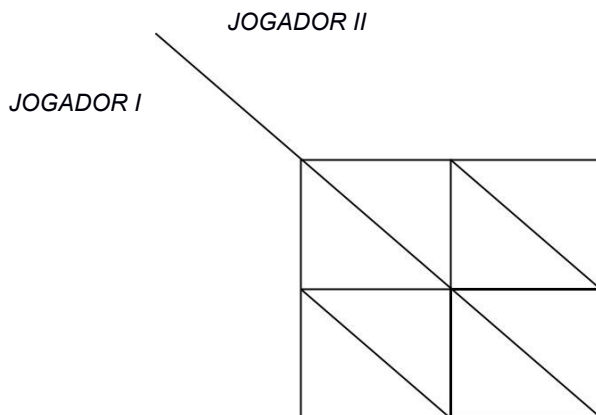
2. REGRAS DE RECIPROCIDADE (O CONTRATO)

a. Apresentação

192 O aparecimento das regras de reciprocidade que caracterizam o contrato foi estudado por meio de um jogo denominado *Dilema do Prisioneiro*. O nome do jogo decorre de uma história inventada por Tucker, em 1950.[42] Duas pes soas são presas pela polícia no curso de uma investigação sobre um delito. São interrogadas separadamente e a cada uma se promete clemência na hipótese de decidir colaborar com a polícia. Se denunciar o outro recuperará a liberdade pela cooperação, vez que seu testemunho permitirá obter a condenação do seu cúmplice a três anos de prisão por um delito mais grave. Se, porém, os dois, atraídos pela promessa, se acusarem mutuamente, perderão credibilidade fren-te ao tribunal e ambos serão condenados a dois anos. O que acontece se ambos recusarem a oferta da polícia? Dado que a polícia não dispõe, afora eventuais

42. Poundstone 1992, 117.

confissões, de qualquer prova contra eles, apenas uma acusação por delito de menor gravidade (vadiagem) poderá ser arguida, o que resultará em pena de um ano de prisão. O quadro de ganhos e perdas é apresentado em seguida.

Diagrama I, 2.5 – O dilema do prisioneiro

193 O jogo é simétrico. Para determinar o que os prisioneiros farão, bastará analisar a situação de um deles. O jogador 1 compara suas opções, tendo em mente o que pode decidir o jogador 2. Se o último decide calar-se, o jogador 1 tem a vantagem de denunciar 2, pois "0" vale mais do que "– 1". Se o jo-gador 2 optar pela delação, o jogador 1 não mudará sua opção, porque "– 2" vale mais do que "– 3". Como os dois jogadores raciocinam de forma igual, o resultado a que chegam é a delação recíproca. Cumprirão, os dois, pena de 2 anos (quadrante sul-leste).

194 O jogo difere daquele do falcão e da pomba, pois, neste, a pior situação para cada jogador aparece na medida em que ambos adotem comportamento agressivo (aqui a delação). Se um dos jogadores, no jogo do falcão e da pom-ba, estiver firmemente comprometido com a adoção de uma posição agres-siva, o melhor que o outro pode fazer é ser conciliador. Ora, no dilema do prisioneiro, esta hipótese é justamente a pior de todas para o conciliador. Do ponto de vista de cada jogador, melhor será aceitar as consequências de um comportamento agressivo (enfrentamento), de parte do outro (quadrante sul--oeste do retângulo), do que ser explorado (quadrantes norte-leste e sul-oeste do retângulo).

195 A escorregada para a "ruína coletiva" (quadrante sul-leste do retângulo) deve entristecer os jogadores. Com efeito, adotando a posição do silêncio na certeza de que o outro fará o mesmo, cada um melhora sua sorte. A estru-tura do jogo, porém, impede essa solução. O que der o primeiro passo nesse sentido será explorado pelo outro. A solução a que os jogadores chegam não

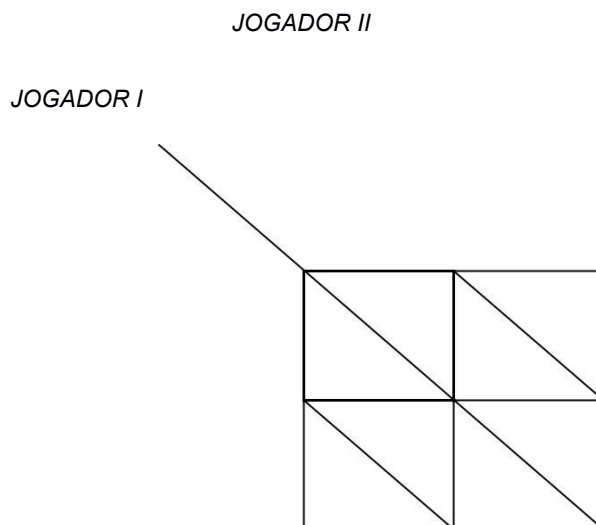
agrada a nenhum deles. O comportamento racional dos indivíduos leva, para-doxalmente, à ruína coletiva.

b. Soluções

196 Como jogadores, que se veem na situação do dilema do prisioneiro, po-dem buscar a solução do quadrante norte-oeste do Diagrama I, 2.5, que de-nominamos aqui de *solução cooperativa?* Uma primeira possibilidade é permitir que os prisioneiros se comuniquem, *se concertem*. Nos jogos organizados em laboratórios a comunicação entre jogadores parece, efetivamente, aumentar a incidência de comportamentos cooperativos.[43]

197 O comportamento cooperativo pode, também, resultar de um *contrato,* no qual as partes se envolvam e que cada um pode fazer respeitar. As perdas e os danos ou outras penalidades a serem pagas por quem não respeite o contrato
– quem escolhe, em outras palavras, a estratégia não cooperativa D – produ-zem o efeito de diminuir ou até eliminar os ganhos auferidos com o "engano". O Diagrama I, 2.6 mostra como fica o jogo se o jogador não cooperativo for condenado a reparar o dano, quer dizer, a repor o outro na posição que teria ocupado se as promessas recíprocas tivessem sido honradas.

198 O diagrama leva a uma conclusão espantosa. *As perdas e os danos transfor-mam a estrutura de iniciativas do dilema do prisioneiro na de um jogo de coordenação*[44] em que a solução ótima e estável é o quadrante norte-oeste (– 1,1), o compor-tamento cooperativo.

Diagrama I, 2.6 – Dilema do prisioneiro com perdas e danos

43. Ver as experiências relatadas por Ullmann-Margalit 1977, 47; assim Brams 1975, 38.

44. Verifica-se que tal conclusão vale igualmente se as partes forem colocadas na situação que teria prevalecido sem contrato (*restitutio in integrum*). Todas as células, salvo norte-oeste, têm os valores “– 2, – 2”.

199 O comportamento cooperativo, em situações de dilema do prisioneiro, é possível se pudermos penalizar. Isso pressupõe instituições que deem credibi-lidade às sanções. Por isso se conclui que é preciso força estatal, pública, ou, de outra forma, que o contrato não será viável sem a presença de um Estado? A conclusão é prematura.

200 Na prática, observam-se comportamentos cooperativos sem que haja, nem mesmo, comunicação entre os jogadores, ou um Estado para sancionar acordos não respeitados, quando os jogadores confiam um no outro,[45] quan-do há entre eles vínculo de *amizade* ou de *parentesco,* ou, ainda, quando sejam *solidários* um em face do outro, obedeçam a um *código de honra* comum. Todos esses fenômenos refletem ligações que ultrapassam o encontro único tratado até agora. Inserem-se nas relações de longa duração.

c. Análise do jogo de longa duração

201 Como representar a ideia da "longa duração" que parece fazer a diferen-ça? Foi, especialmente, o cientista político norte-americano, Robert Axelrod, que se voltou para a questão. Uma primeira síntese de seus trabalhos foi publicada em 1984.[46] Axelrod procura construir uma teoria da cooperação que demonstre como as pessoas, perseguindo seus próprios interesses, po-dem chegar à solução cooperativa sem a ajuda de uma autoridade central, literalmente, na anarquia.[47] Axelrod toma como ponto de partida a hipótese de os jogadores repetirem o jogo *indefinidamente*.[48] Isso permite desenvolver estratégias que se apliquem a um certo número de jogos em que haja reações preventivamente contra o adversário. Concebe-se, então, toda uma gama de estratégias em amplo sentido, conforme o jogador procure surpreender o ad-versário que tenta adivinhar a estratégia e na medida em que deseja se prote-ger contra a exploração pela outra parte.

202 Axelrod imaginou convidar, para a partida inicial, grande número de pes-quisadores para submeterem programas de computador incorporando o que lhes parecesse a melhor estratégia. Cada um dos programas deveria ser opos-to, no curso de um torneio em computador, a qualquer outro durante um gran-de número de jogos. O número não havia sido previamente fixado, diga-se. Os resultados do torneio foram difundidos com convites aos leitores para submeterem programas para um novo torneio, que, se esperava, fosse ainda mais "sofisticado" que o primeiro.

203 Axelrod descreveu as propriedades pertinentes às estratégias, com base nos resultados do torneio, e ofereceu muitas propostas teóricas interessantes.

45. Gambetta 1988.

46. Axelrod 1984.

47. Axelrod 1984, 6.

48. Uma sequência indefinida de jogos é conhecida na teoria dos jogos como um "*supergame*".

Ele explora as consequências de os jogadores mudarem de estratégia (se con-verterem), quando reencontram uma estratégia de melhor resultado. Para isso, organiza uma simulação no computador que parte de uma grande va-riedade de estratégias, aleatoriamente repartidas, que lhe permitem retomar aquelas que, no longo prazo, acabam por dominar, graças a esse processo de conversão ou imitação.

204 Haveria, para o dilema do prisioneiro repetido muitas vezes, indetermina-damente, uma estratégia ótima? Entre os resultados significativos do estudo de Axelrod, é preciso dar atenção à demonstração de que, enquanto os jogadores têm interesse suficiente em jogos futuros, *não* há estratégia ótima *independente daquela do adversário.* O jogo é, na sua essência, estratégico. Frente a esse resulta-do teórico, Axelrod se pergunta se a confrontação de estratégias permite, nada obstante, chegar a conclusões interessantes. Para isso se prestam os torneios.

205 Tal como no primeiro torneio, o segundo, em que as entradas foram pre-paradas com pleno conhecimento dos resultados do anterior, e, por isso, do programa ganhador, é a estratégia do "*Tac-au-Tac*"[49] ou do "donnant-donnant"[50] (dando dando) que a recebeu. Essa estratégia consiste em jogar "C" (colaborar) no início e persistir nessa opção enquanto o adversário fizer o mesmo. Se o adversário jogar "D" (defecção), responde-se, na *próxima jogada,* com "D". Se o adversário retornar a "C" (e se deixar explorar), retoma-se, igualmente, na *pró-xima jogada,* "C". Se, ao contrário, ele persistir em jogar "D", faz-se o mesmo.

d. *A estratégia da reciprocidade* (TAC-AU-TAC)

206 Interessante analisar as razões de tal sucesso. O exame de Axelrod distin-gue quatro traços comuns aos programas que foram denominados de classifi-cação geral. A primeira propriedade do *TAC-au-TAC* (ou *tit-for-tat,* em inglês),

é sua "*gentillesse*",[51] *suavidade*: começa-se a cooperar e não se tenta, *a priori*, explorar o adversário. E também não se permite ser explorado indevidamen-te. É-se acordado,[52] provocado pelo primeiro sinal de falsificação ou engano. O jogador *tit-for-tat* "*torna igual*" sua estratégia e, de acordo com a expressão de Axelrod, fá-la *retaliatória*, vingativa. Porém, sua vingança fica circunscrita desde que o adversário se corrija, honradamente, escolhendo C, *tit-for-tat,* retorna à cooperação, facilmente *perdoa*.[53]

207 Essas quatro caraterísticas – a gentileza, a "provocabilidade", a revanche e o perdão – são pilares de uma estratégia de *Talião,* de *olho por olho.* A estratégia

49. Em inglês, *Tit-for-Tat*.

50. Termo empregado em Delahaye/Mathieu 1999.

51. Em inglês, *niceness.*

52. Delahaye/Mathieu 1993, 105 empregam o termo "*réactif*" (reativo).

53. Delahaye/Mathieu 1993, 105 empregam o termo "*indulgent*" (indulgente).

leva à reciprocidade perfeita nas relações. A estratégia *tit-for-tat* não domina qualquer estratégia do adversário. O sucesso não se prende à exploração do outro, mas ao fato de que, em face de estratégias muito diversas, consegue estabelecer e manter a solução cooperativa. Essa estratégia leva, ainda, a bons resultados de vez que atua contra si mesma na medida em que se compara com uma estratégia puramente cooperativa. Axelrod observa que a maior par-te dos participantes dos programas de torneio foi bastante agressiva para seu próprio bem.[54]

208 Os experimentos de Axelrod demonstram que o *tit-for-tat* tem bom resul-tado, chegando, com frequência, em primeiro lugar em contextos bem variados. Se a estratégia não é, teoricamente, ótima em todos os casos,[55] ainda assim leva a bons resultados na maioria dos casos. É, usando o termo de Axelrod, *robusta.* Isso tem fundamento na sua *simplicidade. Tit-for-tat* é fácil de compreender para o jogador que a adota e fácil de reconhecer pelos seus adversários. De outra forma, a estratégia *discrimina* bem entre os adversários atentos e desatentos, o que permite, em geral, prever os possíveis ganhos da cooperação.

209 A discriminação pressupõe três faculdades importantes: *reconhecer* o ad-versário contra o qual já se jogou; *lembrar* a estratégia por ele adotada na última vez e, em terceiro lugar, oferecer uma *réplica adaptada.* Quanto mais essas faculdades sejam desenvolvidas, mais o *tit-for-tat* se confirma a melhor estratégia ou, ainda, mais provável que a solução cooperativa seja alcançada. Cada ser humano, em certa medida, é dotado da faculdade de reconhecimen-to; a faculdade varia bastante entre as espécies animais.

e. Simulação de processos evolutivos

210 As estratégias amigáveis, cooperativas, nos torneios, se refletem sobre os outros. Mas isso não basta para demonstrar que, historicamente, se impuses-sem. Para estudar a questão, Axelrod concebe uma experiência engenhosa.[56]

54. *Tac-au-Tac*, ao exprimir uma moral de reciprocidade, sofre, contudo, de sua veracidade perfeita. Suponha-se que *Tac-au-Tac* faça face a uma estratégia S que consiste em provocá-la ("testar a vigilân-cia") e a jogar a reciprocidade no caso em que o adversário reaja imediatamente. Nessa hipótese, os jogadores começam por "C". Ao final de certo tempo, S provoca *Tac-au-Tac*, jogando "D". Na próxima rodada, S volta a "C", enquanto "D" joga *Tac-au-Tac*. Na rodada seguinte, S se vinga jogando "D", no momento preciso em que Tac-au-Tac se torna para "C". Encontra-se agora uma verdadeira vendeta sem fim. Os atos de vingança ecoam. Sugden demonstrou que uma variante do *Tac-au-Tac* permite evitar o problema do eco (Sugden 1986, 112 s.). Poundstone 1992, 244-246, preconiza estratégias como "*Almost Tit-for-Tat"* ou "*90 percent Tit-for-Tat"*. Considerando esse efeito de "eco", explica-se a observação de Michel Villey (Villey 1984, t. II, 166), segundo a qual "a justiça tem como função pôr fim ao regime de vingança privada".

55. No primeiro torneio, muitas estratégias teriam melhor resultado que *Tac-au-Tac*. Axelrod extrai desta observação a seguinte conclusão: "*A existência dessas regras (as melhores estratégias, EM) deve servir como alerta contra a crença fácil de que a melhor estratégia é, necessariamente, olho por olho*" (Axelrod 1984, 39).

56. Ver Axelrod 1984, 48 ss.

Imagine-se um torneio com número indeterminado de jogadores, do qual par-ticipem jogadores que adotam, no início, estratégias diferentes. Os resultados por eles obtidos durante uma rodada permitem calcular um *score* médio para cada estratégia representada no torneio. Na rodada seguinte, o número de jogadores que adotem cada estratégia é determinado em proporção ao *score* calculado para tal estratégia: para estratégias ganhadoras, nota-se aumento do número de jogadores que as adotam; para as estratégias fracas, ao contrário, o número diminuirá. Tais estratégias poderiam, mesmo, tender ao desapareci-mento. A experiência traduz a aprendizagem ou a imitação de boas estratégias na sociedade humana. Podem-se, então, simular gerações inteiras de popula-ções e observar a evolução de estratégias nesse meio.

211 Os resultados da simulação demonstram, como se esperaria, a luta em que as melhores estratégias deslocam aquelas piores. Ao final de certo nú-mero de gerações, observa-se a extinção dessas estratégias piores. Notável é que certas estratégias, que parecem boas no início, também desapareçam. Seu sucesso estaria baseado na exploração de estratégias fracas, o que leva ao seu desaparecimento por meio de ricochete. Brilhar entre as pouco brilhantes é, no longo prazo, ruinoso, concluirá Axelrod.[57] Nessa simulação é, ainda, o *tit-for-tat* que termina primeiro.

212 Axelrod retomou a experiência, de forma ligeiramente diferente, ao in-troduzir o conceito de territorialidade.[58] No início, há uma população na qual cada membro ocupa um local preciso. Cada um limita suas interações com seus vizinhos próximos e adota, nesses casos, estratégia fixada, aleatoriamen-te, no início. Ao final de algumas rodadas, todos os jogadores estabelecem o *score* médio que obtiveram com seus oito vizinhos. O jogador cuja pontuação seja inferior ao de um ou mais dos vizinhos adota, na próxima rodada, a estra-tégia do vizinho que obteve o melhor resultado (ele se "converte"). No caso contrário, mantém a estratégia.

213 A simulação prossegue até que não haja mais novas conversões ao longo de uma geração. O que se observa? Que a evolução cessa depois de serem eli-minadas todas as estratégias não gentis (vale dizer, as que prevejam algumas vezes a adoção do comportamento "D" sem provocação). Nesse ponto, todas as estratégias visam à cooperação, oferecendo aos jogadores ganho máximo. A cartada final das estratégias demonstra um conjunto de grupamentos ho-mogêneos de jogadores, cada grupo adotando estratégia diferente, mas "ami-gável" ou amistosa.[59]

214 As simulações ilustram, de forma sugestiva, uma possível evolução no sentido da cooperação. Mas, supondo que uma população inteira se

57. Axelrod 1984, 52.

58. Axelrod 1984, 364 ss.

59. Axelrod 1984, 165. Dir-se-á quase uma carta linguística.

convertesse a uma estratégia como a *tit-for-tat*, seria tal situação estável? Vale a pena, para um jogador, introduzir uma "mutação", adotar uma estratégia não amigável? Axelrod estuda a questão sob o aspecto teórico. Se a nova es-tratégia for melhor do que a adotada pela população, o jogador que a adotar fará "convertidos". Diz-se que a nova estratégia esvazia ("*invade*")[60] a antiga. Uma estratégia não suscetível de invasão é estável.[61] Há tal tipo de estraté-gias? Quais serão suas propriedades?[62]

215 Axelrod demonstra, em seguida, que a estratégia de sempre jogar "D" é estável. A proposição é muito evidente. Suponha-se que a estratégia se con-traponha ao *tit-for-tat.* Na primeira rodada, "sempre D" explora "*tit-for-tat*" e obtém ganho superior a esta. Em seguida, as duas estratégias buscam ganhos iguais, o da "ruína coletiva". A perda na primeira rodada faz com que *"tit-for-tat"* gere ganhos inferiores aos de "sempre D". Por esse motivo não consegue es-vaziar "sempre D".[63] O resultado confirma a conclusão obtida no caso do jogo de jogada única.

216 Afortunadamente, essa não é a palavra final. A estratégia "sempre D" não é suscetível de invasão por jogadores isolados. Pode, sob certas condições, ser invadida por grupos (*clusters*) de jogadores que adotem uma estratégia dife-rente. Tal estratégia deve, por força das escolhas, ser amigável. Os invasores não podem subestimar "sempre D", salvo na medida em que se reúnam para obter, entre eles, ganhos provenientes da cooperação de longo prazo, e que tais ganhos superem os da exploração que possam obter, à sua expensa, os jogadores "sempre D".

217 Axelrod demonstra que, de maneira geral, a estratégia "sempre D" pode ser esvaziada por um grupo de jogadores que adotem uma estratégia amigá-vel, e isso é ainda mais fácil se os invasores jogarem entre si com frequência. A cooperação pode, gradualmente, se impor num mundo de desconfiança pela ação de grupos que adotem a estratégia cooperativa.

218 Movimento inverso seria concebível? Uma vez que a estratégia amigável seja adotada por toda a população, pode ser deslocada por uma estratégia de-safiadora ou agressiva como "sempre D"? Axelrod aborda a questão em dois tempos. Examina, inicialmente, em que condições uma estratégia "amigável" é estável e, em seguida, a questão da invasão por grupos. Sobre a estabilida-de, demonstra que as estratégias "amigáveis" não podem ser estáveis senão quando o fator de desconto (ponto preso ao futuro) for suficientemente ele-vado. O valor crítico depende da estratégia e do valor dos ganhos, mas basta

60. Axelrod 1984, 56.

61. Axelrod emprega o termo *coletivamente* estável.

62. Não reproduzimos aqui as demonstrações de Axelrod. O leitor interessado remete-se às páginas 61 a 67 de seu texto.

63. Esta conclusão reconfortaria Hobbes criando a guerra de todos contra todos.

considerar que as estratégias "amigáveis" não são sempre estáveis. Em segun-do lugar, para ser estável, a estratégia "gentil" deve ser "provocável" desde a primeira defecção do adversário.

219 Suponhamos, agora, que uma estratégia satisfaça as condições. Poderá, ainda assim, ser esvaziada por grupos? Os trabalhos de Axelrod levam a uma assimetria entre as estratégias "gentis" e as outras como "sempre D": se uma estratégia "gentil" não puder ser esvaziada por uma só pessoa, não poderá, tampouco, sê-lo por um grupo de pessoas. O resultado é intuitivamente evi-dente. O sucesso de uma estratégia como "sempre D" decorre do fato de que os pontos futuros são frágeis e o ganho de uma exploração do outro jogador é muito importante em relação a outros parâmetros. O ganho principal dessa estratégia está na exploração de curto prazo, furtiva ("pilhagem"). Tais atos não podem, com proveito, ser empreendidos coletivamente. Logo, o invasor preferirá interações com a população invadida àquelas que poderia ter com seus companheiros.

220 A evolução social é analisada, nos trabalhos de Axelrod, segundo dois movimentos assimétricos. A partir de uma repartição inicial aleatória de es-tratégias, pode-se desenhar um movimento em direção a atitudes cooperati-vas desde que as vantagens da cooperação de longa duração se evidenciem. Isso pode se dar à medida que os avanços do conhecimento, e o domínio da natureza, atualizem as vantagens da especialização e da troca. Essas condi-ções aparecem desde que os seres humanos praticam a agricultura e produ-zem bens duráveis.

221 Movimentos de cooperação local têm a tendência de ser escorregadios, si-milares a manchas de óleo. As atitudes cooperativas deslocam as outras, ao se revelarem mais bem remuneradoras. O processo leva tempo e dá espaço para a coexistência de diferentes estratégias "amigáveis", que se impõem sobre as estratégias não cooperativas, mas cujas vantagens comparativas só aparecem ulteriormente.

222 O que se pode, inversamente, inferir do recurso a estratégias não coo-perativas? Há fatores que reduzem o valor do futuro (ganhos da cooperação repetida), ou que modificam a relação entre ganhos gerados por estratégias diferentes, aumentando ganhos da exploração, e os da "ruína coletiva", em comparação com ganhos da cooperação. Tais mudanças podem se produzir se, por exemplo, um dos jogadores envelhece muito ou vê sua saúde em risco, periclitar;[64] se uma invenção leva a perceber relações mais lucrativas do que as existentes ou modifica o equilíbrio militar; quando um conflito local puder se estender aos vizinhos e estes, para evitar perturbações, avaliam a baixa dos pontos do futuro e extraem conclusões que se impõem; se um grupo milenar

64. Diz-se que os piores inimigos de um político periclitante são seus companheiros de rota ante-riores: cada um tenta se salvar.

crê na proximidade do fim do mundo e, em consequência, se comporta de maneira muito destrutiva.

223 Se a análise tem algum interesse para o jurista, os resultados não devem levar a erros ou surpreender. Hirshleifer manifesta suas reservas por três mo-tivos.[65] De início, as situações representadas pelo dilema do prisioneiro não são mais do que uma pequena parte das interações concebíveis. Os jogadores podem ser numerosos, as estratégias podem ser múltiplas e não apenas bi-nárias. Em segundo lugar, Hirshleifer sustenta que o torneio organizado por Axelrod não é muito realista. Na natureza cada estratégia não é confrontada com todas as outras; haveria mais combates dois a dois, com a eliminação do perdedor. Isso seria um torneio de eliminação. Ora, o *tit-for-tat* não vence, invariavelmente, contra não importa qual estratégia, e poderia, pois, ser eli-minado na maioria das vezes. Em terceiro lugar, a estratégia *tit-for-tat* não é, necessariamente, estável. Admitamos que venha a dominar numa dada popu-lação. Ela poderia ser esvaziada pela estratégia de sempre cooperar e qual os resultados seriam, da mesma forma, bons. Ora, se esta última estratégia vier a predominar, será mais interessante adotar a estratégia de sempre jogar duro. A reação atrairia a estratégia *tit-for-tat* e assim por diante. O efeito seria o de ciclos. Basta lembrar o que ocorreu com países que adotaram unilateralmente o desarmamento, como fizeram, por exemplo, os Países Baixos, entre as duas grandes guerras – tendência que surge periodicamente –, para ver que tal su-gestão não é desprezível.

224 As reflexões de Hirshleifer nos levam a perguntar quanto à atração da violência nas interações. A questão se prende à emergência do poder e de Estados, de que trataremos em capítulo ulterior.

f. Conclusão

225 Os estudos sobre o dilema do prisioneiro repetido mostram o surgimento de regras de conduta que permitem aos seres humanos cooperarem e em que a traição parece ser tentativa de curto prazo. Mostram como as pessoas, ao inte-ragirem, podem descobrir regras mais interessantes do ponto de vista da coope-ração e em que circunstâncias as respeitarão sem que haja uma autoridade para coagi-las. Nisso contribuem para iluminar a dinâmica das ordens espontâneas.

226 A cooperação é viável se cada um respeitar a palavra dada e fornecer os serviços, ou bens, que constituem sua contribuição. Essa ordem é estável se seu não respeito for imediatamente sancionado e de maneira a suprimir o ganho da traição sem nada mais.

227 Essa visão otimista subjacente é posta em dúvida em estudo recente.[66] Empregando o método do torneio adotado por Axelrod, o estudo confirma

65. Hirshleifer 1987, 287.

66. Delahaye/Mathieu 1999.

os resultados deste para a maior parte dos casos. Contudo, mostra, também, que as estratégias não cooperativas podem sobreviver, e até prosperar, em situações caracterizadas pelo emprego de estratégias múltiplas e complexas. Poderia, então, haver oscilações nas estratégias dominantes e até mesmo o "caos". Futuros pesquisadores deverão nos explicar tais resultados. Eles for-necem, em tal caso, base para observação banal da tendência ao conflito tanto quanto à cooperação no nosso mundo.

228 Qual é o papel do direito? O direito pode articular as regras desenvol-vidas pelas partes em uma relação de cooperação de longo prazo e facilitar a sanção para que sejam respeitadas. O direito pode, demais disso, sancionar o comportamento que consista em, dado um fundo de cooperação e confiança, burlar a vigilância do outro jogador. Falamos de um comportamento *estratégico* ou *oportunista* que o direito deve, por missão, desencorajar. Encontraremos numerosos exemplos na segunda parte.

229 O direito pode, dessa forma, evitar um ciclo infinito de vigança, o que, se-gundo Michel Villey, é uma de suas missões.[67] Dessa forma, o direito acelera a formação da ordem e simplifica sua manutenção. Esse papel é interessante na medida em que as pessoas interpretam as regras de modo errôneo ou se deixam, apesar de tudo, tentar pelos ganhos que a traição[68] propicia no curto prazo.

230 O conteúdo jurídico necessário para esse papel corresponde a um direito natural mínimo do contrato: repressão à fraude e à violência, possibilidade de pôr, lado a lado, desentendimentos, consentimentos não esclarecidos ou acor-dos em que a essência não foi articulada, sancionando o acordo rompido pela execução forçada ou por perdas e danos que compensem os danos sofridos mais um adicional.

231 As circunstâncias que permitem descobrir as vantagens da cooperação e das estratégias que a permitem são muito gerais. Deveriam ser encontradas reunidas em numerosas culturas, em estados bastante diferentes de avanço técnico. Deveríamos, então, tentar recuperar os princípios nos contextos em que o aparelho estatal não existe ou é pouco desenvolvido. Essa tese se presta à verificação por pesquisa histórica e antropológica.

3. A AÇÃO COLETIVA

a. Apresentação

232 Estudamos o dilema do prisioneiro com dois jogadores. Eles podem repre-sentar grupos compostos de numerosas pessoas (exércitos, Estados, empresas

67. Villey 1984, 166; também Girard 1972.

68. Sugden 1986, 148.

concorrentes), mas há, no caso, apenas um "decisor" para cada grupo. A vida cotidiana, porém, oferece muitos exemplos de jogos com numerosos "decisores".

233 Tais jogos põem o problema da ação coletiva. Quando um grupo de pes soas tem um objetivo comum e em que cada um ganhará se puder ser alcan-çado, não se estranha se todas as pessoas agirem, necessariamente, de forma congruente na perseguição de tal objetivo. Ao contrário, é preciso observar que cada um pode ser tentado a confiar nos esforços dos outros, seguro de que, uma vez atingido o objetivo, obterá os mesmos benefícios que os de-mais.[69] O comportamento que corresponde a jogar "sempre D", nos jogos atrás analisados, pode frustrar a realização do escopo comum. O paradoxo da ação coletiva deriva do fato de os indivíduos racionais não serem estimulados a cooperar na busca do interesse comum.

234 O problema da ação coletiva se põe, notadamente, para um tipo de bem que os economistas denominam *bens coletivos* ou *bens públicos*. Os bens coleti-vos se opõem àqueles *privados*.[70] Para os bens privados (ou de particulares), o consumo por um impede o de outro. O consumo desse tipo de bens pressupõe que sejam repartidos entre os diferentes consumidores. Cada um não goza se-não do bem cuja posse detenha. Inversamente, há bens que, sem serem divi-didos, podem ser consumidos igualmente por todos os interessados, os bens coletivos. Citam-se, tradicionalmente, a defesa nacional, a ordem pública e a justiça, como exemplos.

235 Características essenciais aos bens coletivos foram apontadas por estu-dos analíticos. É difícil, antecipadamente, quando um bem estiver disponível, excluir uma pessoa de seu consumo; em seguida, é difícil dividir o bem (visan-do atribuir partes aos interessados). A não exclusividade e a indivisibilidade podem ser apresentadas em graus variáveis. Implicam, por razões que ficarão aparentes em seguida, que a produção e exploração privadas de bens coletivas sejam pouco interessantes, o que, aos olhos de certas pessoas, justifica fica-rem a cargo do Estado. O transporte, comunicações e serviços de utilidade pública, apresentam, usualmente e em certa medida, as duas características.[71]

236 Hobbes – ao descrever a condição humana como uma guerra de todos contra todos, em que não havia sociedade, na qual os homens viviam na cren-ça contínua de morte violenta, e que sua vida é "*solitary, poor, nasty, brutish, and short*",[72] tinha em vista um problema de ação coletiva – um jogo não repetido

69. Olson 1965, 2. Cabe notar, como apontou Taylor (1987, 18, 31), que todos os problemas de ação coletiva não se traduzem, sempre, pelo jogo do dilema do prisioneiro. Mas isso representa a hipótese menos favorável e, portanto, a mais interessante a ser examinada.

70. Deve-se a explicação que segue a Taylor 1987, 6 e 186, que remete aos escritos de Paul A. Sa-muelson (Samuelson [1954]/1988).

71. Cowen, 1988, 4.

72. Hobbes 1968, 185-186 (Parte I, c. 13) e 189 (c. 14). Taylor 1987, c. 6, em análise cuidadosa de-monstra que Hobbes percebia o estado da natureza – a ausência do Estado – como um jogo do dilema

do dilema do prisioneiro A única alternativa viável para essa guerra de todos contra todos, para ele, consiste em estabelecer um poder comum absoluto, mantendo cada um em seu lugar. Após Hobbes, o paradoxo da ação coletiva foi invocado para justificar a ação do Estado ao permitir o uso da força para superar o problema da ação coletiva em matéria de paz e de segurança.[73]

237 A vida cotidiana oferece múltiplos exemplos do dilema do prisioneiro com muitos jogadores. Pode-se pensar nos fenômenos da evasão fiscal e de furtos em hotéis: cidadãos e clientes honestos "pagam", sob forma de im-postos e preços mais altos, por aqueles que não o são. Num oligopólio, cada participante não tem interesse em, abertamente, reduzir seus preços, o que iniciaria uma guerra de preços que todos desejam evitar, mas cada um tentará, nada obstante, fazê-lo sigilosamente (em segredo), o que lhe permitiria atrair a clientela de seus concorrentes. Os ganhos e a instabilidade dos oligopólios estão bem ilustrados pela história da OPEP no curso dos últimos 20 anos.

238 Parfit aponta muitas outras situações em que tal estrutura está presente
– *banlieusards*, pessoas que vivem no subúrbio: cada um chega mais rápido ao trabalho utilizando o automóvel, mas se todos o fizerem, cada um chegará menos rápido do que se todos utilizarem transportes públicos.

– *soldados*: cada um aumenta suas possibilidades de sobreviver se recuar e fugir, mas se todos fizerem isso, mais soldados serão mortos do que se não o fizer;

– *pescadores*: se os mares forem superexplorados, interessa a cada um de ficar com uma quantidade maior de peixes, mas isto será desastroso para cada um se todos agirem dessa forma;
– *camponeses*: cada um pensa em ter mais filhos, mas para a superpolução da terra será desastroso se todos agirem assim.[74]

239 Os jogos do dilema do prisioneiro com muitos jogadores apresentam três diferenças essenciais em relação àquelas analisadas.[75] Se a maior parte dos jogadores cooperar, a burla continua a ser mais vantajosa para o jogador que a praticar, mas o mal daí resultante para os outros (exploração), por ser

de prisoneiros não repetido. Hobbes não considera a possibilidade do jogo repetido (*supergame*) em que a cooperação pode intervir sem a presença de uma autoridade que sancione as obrigações de uns e outros. Sugden 1986, 141-144, faz análise similar.

73. Taylor 1987, 1-2. Na página 163, Taylor insiste que a presença do Estado pode exacerbar as con-dições invocadas para justificar sua existência e tornar a paz menos atrativa: as pessoas preferem agir voluntariamente do que sob a pressão de outros, aí incluído o Estado.

74. Parfit 1986, 60-61 (tradução). O último exemplo foi tomado emprestado de Hardin 1968 e Hardin/Baden 1977. Danielson 1992, é apresentado o primeiro dilema do ponto de vista da conges-tão (*my commuting dilemma*) e do ponto de vista do meio ambiente (*the greenhouse dilemma*).

75. Ver Ullmann-Margalit 1977, 25 s.; Axelrod 1984, 221, n. 3; Sugden 1986, 122-144; Taylor 1987, c. 4 e notadamente 104 ss., Taylor 1989.

difundido, é menos percebido individualmente, porque se divide por grande número de jogadores. Em segundo lugar, enquanto nos casos até agora exa-minados o jogador não tem que fiscalizar mais do que outro, nos jogos com muitos jogadores a tarefa de fiscalização aumenta na proporção do seu núme-ro. Diante disso, os comportamentos dos jogadores ganham certo anonimato, o que facilita enganar, o logro. Enfim, se os ganhos de cada jogador proveem dos jogos com todos os demais, as sanções não podem ser eficazes, senão na medida em que sejam impostas por todos, ou no mínimo pela maior parte dos outros. Ora, essa consertação entre muitos jogadores é, quase sempre, difícil.

240 Taylor, no final de seu estudo sobre jogos com muitos jogadores, demons-tra que, satisfeitas certas condições (notadamente que o futuro tenha algu-ma importância), é sempre possível que a cooperação entre certas pessoas se produza espontaneamente, como se vê no jogo repetido (*supergame*), qualquer seja o número de jogadores.[76] As condições criam um problema quando o número de jogadores for grande. O problema da fiscalização ganha propor-ções significativas. O engano, no jogo com muitos jogadores, é mais fácil do que quando são apenas dois. Fica mais difícil chegar a ela e manter a solução cooperativa. Quanto maior o número de jogadores em um dilema de prisio-neiros, mais sua estrutura se assemelha à do jogo único com dois jogadores analisado atrás, e as instituições que visem a evitar a “ruína coletiva” ganham mais importância.

241 Uma segunda conclusão das pesquisas de Taylor chama a atenção. Mes-mo se alguns optarem, sistematicamente, por adotar comportamentos não cooperativos (sempre D), a cooperação pode ser a opção racional para os de-mais.[77] Em outras palavras, a traição de alguns não significa, obrigatoriamen-te, o esfacelamento da cooperação.

242 O estudo de jogos de cooperação entre numerosos jogadores está em pleno desenvolvimento. Se a teoria demonstra a possibilidade de uma coesão, ilustra, também, a dificuldade de obtê-la em sociedades abertas com muitas pessoas. Pode-se notar que, em comunidades maiores, amplas, as sanções inerentes do jogo sejam consideradas insuficientes e reforçadas por sanções externas, centralizadas ou não, de cuja natureza nos ocuparemos.[78] A teoria estimula o pesquisador a se voltar para estudos históricos que mostram como se operou a solução de problemas de ação coletiva nos casos.[79]

b. Problemas da ação coletiva: caronas e bastiões

243 Para representar os problemas práticos que aparecem na ação coletiva, debrucemo-nos sobre a época da corrida do ouro na Califórnia, na metade do

76. Taylor 1987, 104.

77. Taylor 1987, 104; Taylor 1989, 229; de Jasay 1989.

78. Taylor 1987, 105.

79. Taylor 1987, xii; Ostrom 1990, 1994.

século passado. No início do período, observa Umbeck em interessante estu-do,[80] pequenos grupos de mineiros exploravam, juntos, os territórios dados. A reunião de esforços e o ouro extraído pareciam, sob muitos aspectos, van-tajosos. Inicialmente, os mineiros viviam em condições muito duras. A equipe era uma forma de garantia contra acidentes, contra imprevistos, e mesmo contra grupos rivais. De outra forma, sendo o teor do ouro nas terras inicial-mente desconhecido, a partilha igualitária do que se encontrasse constituía certa segurança de rendimento. Umbeck constata que, no curso do primeiro período de prospecção, esta forma de exploração por grupos de mineiros – uma sociedade no sentido do Código Civil – foi, uniformemente, adotada, pelos mineiros.

244 As condições mudaram rapidamente quando a notícia da descoberta de ouro se espalhou pelo resto dos Estados Unidos da América e atraiu, para a Califórnia, hordas de aventureiros. Sendo os territórios com ouro limitados, os riscos de violência em virtude da exploração aumentaram. Inicialmente, os recém-chegados – se não se estabelecessem nos territórios até então inex-plorados, constituindo a falta de experiência barreira para a maioria – foram absorvidos pelos grupos existentes. Mas o arranjo se mostrou instável. Sendo possível a fiscalização mútua em um grupo de cinco a dez pessoas, o problema se torna quase insolúvel quando o grupo reúne de 50 a 100 prospectadores. Nessas condições uma pessoa recebe uma parte igual do produto coletivo sem que seja, efetivamente, possível verificar se contribuíra para sua produção (mais do que ter passado o tempo a jogar cartas). Alguns escolheram, então, se divertir. Dados os fatos, o que se produziu e o que se seguiu foram uma desaceleração da exploração, a eclosão de querelas e brigas e, ao final de certo tempo, a dissolução das equipes ampliadas.

245 O problema decorre do fato de, sendo a fiscalização praticamente impos-sível, ter-se rompido o liame entre esforço e remuneração. Cada um é tentado à *carona* (*free ride*), ou seja, viver do trabalho dos associados. Para empregar a linguagem do dilema do prisioneiro, joga “D”, aproveitando-se do fato de que os outros jogam “C”.[81] Bem entendido, essa lógica se impõe a todos igual-mente. Arrisca-se a ver aumentar o número de traidores, o que se traduz, ulteriormente, pelo esfacelamento do grupo.

246 Segunda dificuldade aparece quando o grupo deve se entender sobre as novas orientações comuns. O grupo não pode funcionar senão graças ao es-forço de todos, tendo cada um o poder de veto sobre as decisões grupais.

80. O período foi estudado sob a óptica que nos interessa por Umbeck 1977, 1981a e b.

81. O jogador da equipe tem preferência segundo: sua primeira escolha é de ele mesmo folgar apro-veitando o trabalho dos outros; a segunda escolha, trabalhar como todos os outros; terceira escolha, dissolução da sociedade após a “defecção” de todos; a pior opção é aquela em que ele trabalha “para os outros”, que folgam. Qual dessas opções se concretiza depende das técnicas de fiscalização dispo-níveis. Sugden 1986 consagra o Capítulo 7 inteiro ao problema dos *free riders*.

Isso possibilita a posição de *bastião* (*hold out*). É comportamento estratégico que consiste em não aprovar (negar anuência) à decisão coletiva até obter vantagem particular, mesmo ao risco de que a decisão seja viezada, que fuja do padrão escorreito. A tomada de decisões relativas a negócios de interesse do conjunto do grupo pode ficar sujeita à lentidão e dificuldades, na medida em que o grupo aumenta; certas decisões, aparentemente vantajosas, podem ser bloqueadas. Imaginem-se deliberações, tratativas e coalizões nas quais a decisão dependa de um grande grupo.

247 O que fazer diante de tais dificuldades, designadas como "custos de tran-sação" na análise econômica do direito? No que tange ao problema da carona ou *free riding*, os membros da equipe tentarão, sem dúvida, num primeiro mo-mento, recorrer à solidariedade de todos. A solução corre o risco de ser eficaz apenas em parte. É possível, ainda, que tentem disciplinar-se uns aos outros. Tal solução dá, sem dúvida, espaço para trapaças ou chicanas (como estabele-cer sem equívoco que tal indivíduo engana?) e não é propícia ao trabalho.

c. Soluções

1. O líder ou dirigente

248 Resposta promissora aos problemas dos caronas e bastiões é delegar a uma só pessoa, o líder –, a tarefa de fiscalizar os outros e tomar as decisões essenciais sobre as quais não se chega a consenso no grupo.[82] A solução pode interferir na iniciativa da pessoa que faz a segurança – pode "amar o poder" e mesmo conquistá-lo –, ou ser indicada por acordo com os membros do grupo.

249 A instituição de um dirigente modifica a vida do grupo. As relações "hori-zontais" entre pessoas, em princípio iguais, são substituídas por uma relação hierárquica (ou "vertical") com o dirigente. A relação hierárquica pode ter vá-rios andares. Uma organização hierárquica real é, então, criada.[83] A empresa se afigura uma espécie de organização hierárquica.

250 Se a criação de estruturas hierárquicas permite reduzir a incidência de ambos os problemas de trabalho em grupo, seja a carona ou *free riding,* seja a tomada de decisão por unanimidade, emerge nova dificuldade. *Quis custodet ipsos custodes*? Como garantir que os dirigentes, que ninguém tem o dever ou função de fiscalizar, se ocupem de forma adequada da tarefa que lhes foi con-ferida e não abusem de seu poder?

251 Há, no domínio privado, uma instituição que tem por finalidade, precisa-mente, criar incentivos convenientes para o dirigente: a que liga sua remune-ração aos resultados do trabalho em grupo. Mais precisamente, se a operação

82. Alchian/Demsetz 1972 dão o problema de fiscalização como a razão de ser da empresa.

83. Simon, em um estudo notável demonstrou que a organização hierárquica é essencial à evolução de todo sistema complexo. Simon 1981, 192 ss.

comum gera lucros, o dirigente terá direito ao produto do seu trabalho após o pagamento de todos os custos, entre os quais os salários dos outros membros do grupo. Se a operação se frustrar, ele responde, pessoalmente, com seus bens. Torna-se, empregando termo dos economistas, "credor residual" (*resi-dual claimant*).[84]

252 Se a instituição de um líder (dirigente) resolve o problema da ação co-letiva, traz nova dificuldade que os economistas denominam, recorrendo à palavra em inglês, *agency*. O dirigente deve realizar seus objetivos confiando em outras pessoas (*agents*) que têm objetivos em parte diferentes dos seus e cujas ações ele não pode fiscalizar completamente.[85] O problema se põe em todo um conjunto de situações: acionistas e administradores de uma socieda-de; empregadores e empregados da sociedade, a universidade, a cooperativa, a função pública; trabalhadores e delegados sindicais; pacientes e médicos; eleitores e deputado que os representa; burocracias estatais e ministros e par-lamentares que deveriam fiscalizá-las; patrocinador ou organizador de evento cultural ou esportivo e ator ou atleta; cliente e corretor em matéria imobiliá-ria ou de valores mobiliários; franqueador e franqueados.[86] A relação entre o proprietário de um imóvel e o locatário que o ocupa põe problemas análogos.

253 As dificuldades estão no fato de que o principal – proprietário, cliente ou comitente – não tem poder para fazer coincidir, completamente, seus próprios interesses e aqueles de seu interlocutor. Assim, é frequente ser impossível precisar, antecipadamente e de forma exaustiva, os objetivos da missão con-fiada ao agente. E o principal não pode fiscalizar plenamente a ação do agente, porque este controla, de regra, a informação de que o principal precisaria para fiscalizá-lo.

254 Resulta daí que o agente pode adotar comportamentos que lhe sejam pessoalmente vantajosos, mas que são nocivos para o proprietário, cliente ou comitente; assim trabalhar com menos empenho que o convencionado; usar o equipamento do escritório ou informações profissionais para fins pessoais; fornecer informações incompletas ou enviesadas; esconder erros. Trata-se de comportamentos estratégicos ou oportunistas, de que é exemplo o risco mo-ral em matéria de seguros.

255 Uma grande quantidade de arranjos contratuais e instituições foi conce-bida para contra-atacar essas tendências. O proprietário, em certa medida, se dedica à fiscalização, o que depende do custo dessa fiscalização e dos custos dos comportamentos indesejáveis que uma fiscalização estrita permite evitar. Pode-se fazer a remuneração depender, no todo ou em parte, do resultado

84. Lepage 1985, 121-126, faz excelente resumo da literatura sobre a questão.

85. Barzel 1989, 11. Ver ainda Eggertson 1990a, 40-45; Coleman 1990a, 146-157; Jensen/Meckling 1976; Fama 1980; Gomez 1996, 104 ss.; os artigos sobre "*agency cost*" em Newman 1998, t. 1.

86. Sobre os efeitos de uma intervenção mal pensada nessa relação, Klick et al. 2006.

obtido, do número de objetos produzidos ou serviços prestados. Os bônus, sob forma de ações para administradores de companhia, a parceria; o *pacte de quota litis* (honorários contingenciais) são formas de remuneração ligadas a resultados. A diversidade de fórmulas conhecidas evidencia que não há uma que seja considerada, por todos, como a melhor. Será preciso examinar caso a caso no seu contexto.

2. Propriedade, exclusividade e externalidades

256 Retomemos a história da corrida do ouro no momento em que a chegada massiva de novos aventureiros levou ao desfazimento dos grupos existentes. Que solução foi, de fato, adotada? A da propriedade privada. Os mineiros se puseram de acordo para se atribuírem lotes individuais que os outros acei-taram respeitar. A atribuição inicial foi feita de forma a garantir a cada um possibilidades de uma receita igual: os lotes eram tão pequenos que seu teor de ouro era, na média, elevado.[87]

257 A mudança teve como efeito solucionar os problemas da tomada de de-cisão e do estímulo ao trabalho. É que, dessa forma, cada um decidia, por si, como explorar a terra e suportar as consequências de suas próprias decisões. A propriedade privada responsabiliza o proprietário. A segurança que implici-tamente existe no trabalho em grupo desaparece, conquanto se torne menos necessária na medida em que a incerteza sobre o teor aurífero das terras se ameniza e o crescimento da população vem acompanhado da provisão de ser-viços mínimos, permitindo suportar melhor as áleas da vida.

258 Com a evolução da propriedade comum para a exploração regulamentada em direção àquela privada põe-se fim aos “custos de transação” representados pelos caronas e baluartes. Entretanto, a propriedade privada tem seus próprios “custos de transação”: é preciso fazer respeitar a propriedade dos lotes assim como os resultados que produzem. O problema é assegurar a *exclusividade*.

259 A propriedade só é viável mediante a garantia de certa exclusividade. A exclusividade não precisa ser perfeita – não se abandona a casa salvo em face de riscos de invasão. Isso pode depender do estado da técnica. Uma descober-ta pode aumentar as possibilidades de garantir a exclusividade e, dessa forma, tornar viável a exploração de uma propriedade que não o era, ou que ante-riormente não o era.[88] Veja-se, por exemplo, a invenção do arame farpado e a delimitação de terrenos de pastagem contra invasão, ou o sistema de código magnético nas livrarias.

260 Falhas na exclusividade permitem que terceiros tirem proveito da pro-priedade sem fazerem o esforço necessário para que a mesma frutifique;

87. Note-se que, à diferença da situação imaginada para o jogo da galinha, as terras auríferas são perfeitamente divisíveis, pondendo-se considerar as divisões entre membros do grupo.

88. De Jasay 1997; Mackaay 1997.

trata-se de outra forma de carona ou *free riding*. Contudo, o proprietário pode se resignar com as perdas, se eliminá-las lhe custar mais, e se a propriedade oferecer outras vantagens suficientes. Dito de outra forma, o interesse da pro-priedade privada corresponde às vantagens que o titular espera dela auferir, deduzidos os custos da exclusividade que tem de administrar, bem assim das perdas ocasionadas pelas falhas nesse mister.[89] Para determinar se a proprie-dade privada representa uma vantagem em relação à propriedade comunal, é preciso comparar esse interesse ao da da propriedade em comum, tendo em conta os custos de transação aplicáveis à última.

261 A fórmula vale genericamente. Uma estrutura de propriedade privada em sentido amplo (*property right*) existe desde que, em certa medida, seja pos-sível assegurar exclusividade sobre um bem, um serviço, uma estrutura de informação. Isso vale para instituições que não são consideradas propriedade, como o segredo de comércio, ou para situações que podem formar parcela de um eventual direito de propriedade, como se vê no domínio da propriedade intelectual e na Internet.

262 Há recursos para os quais não se descobriram, até o presente, técnicas que permitam assegurar exclusividade suficiente para tornar a propriedade priva-da viável. Se os recursos afetarem um grupo bastante pequeno de pessoas, é possível imaginar um acordo entre o explorador, na medida em que também é proprietário comum, graças ao interesse de todos no objeto da exploração. Há numerosos arranjos desse tipo. Ostrom estudou alguns nessa área.[90] Taylor no-tou que áreas comunais ao redor das cidades medievais e, atualmente em certas regiões suíças, são exploradas dessa forma.[91] A desertificação na África devida à superexploração não decorre, segundo Taylor, da propriedade comum como tal, mas da perturbação dos arranjos desenvolvidos para reger sua exploração.[92]

263 Há, pois, situações em que tais arranjos não são viáveis, principalmente sendo muito importante o número de interessados. Nesse caso, há um re-curso ao acesso livre.[93] A situação convida cada um a explorar o recurso sem que ninguém tenha interesse em se ocupar de sua criação ou manutenção: o consumo e o subinvestimento são mútuos, formando o que Hardin denomi-nou *tragedy of the commons* (tragédia das coisas comuns).[94] Atualmente, vive-se

89. Note-se a analogia com os problemas discutidos aqui em matéria de controle das ações do agente.

90. Ostrom 1990; ver ainda Black 1984; Eggertsson 1990; Ellickson 1991, 1993.

91. Taylor 1987, 26.

92. Taylor 1987, 26, citando Glantz 1977.

93. Dahlman 1980; Taylor 1987, 6. Trata-se das *res communes*, “coisas cujo uso pertence a todos e de que ninguém pode se apropriar individualmente” (Cornu 2000). No campo da propriedade intelec-tual, fala-se de domínio público. A *res communis* não deve ser confundida com a *res nullius*, coisa que se presta bem à apropriação individual, mas não está, atualmente, apropriada e que pode ser tomada mediante a posse (ocupação).

94. Hardin 1968.

tal situação em matéria de pesca oceânica. Os estoques de bacalhau na costa oeste do Canadá não se renovam com rapidez, em relação às capturas, para assegurar a sobrevivência de espécies.

264 A exclusividade que funda a propriedade tem como efeito atribuir uso de-terminado a um recurso a uma pessoa definida, o proprietário. A operação é essencial sempre que duas pessoas consideram fazer usos concorrentes do mes-mo recurso. A concorrência de usos indica escassez e a propriedade constitui, assim, resposta ao aparecimento da escassez. Pode-se modificar a perspecti-va: as vantagens da propriedade, ou as regras de exclusividade, não precisam ser definidas fora dos usos e costumes concorrentes conhecidos. Na fronteira da propriedade estão usos não descobertos e, portanto, não regulamentados.[95] A propriedade é fechada em direção ao passado, mas aberta para o futuro.

265 Invenções, novas utilizações, avanços tecnológicos, podem levar à des-coberta de uso concorrente de um bem que, até então, servia apenas a uso único. Quem inicia o novo uso pode interferir com o uso que os outros fa-zem da sua propriedade. Diz-se, então, que o primeiro criou um *efeito externo* ou uma *externalidade* comparando este novo uso com aqueles estabelecidos. Quem polui um rio interfere nas vantagens que outros desfrutam ao nele se banharem. O fenômeno não se assemelha à carona ou *free riding*: o poluidor se beneficia de, monopoliza, sem contrapartida, as vantagens dos banhistas, ao torná-las impossíveis.[96] O conflito de usos leva à descoberta de que é preciso fixar limites na propriedade do poluidor e na de propriedade (eventualmente comum) dos banhistas.

266 Seja qual for a regra adotada, o uso contestado (o direito de poluir, quer dizer, a obrigação de fazer outrem tolerar a poluição, ou o direito de não ser por ela afetado), sem dúvida, será parte de uma ou outra propriedade. Pode-se, a esse título, criar um problema de exclusividade se for difícil fazer respeitar tal atribuição. O que é importante lembrar é que as externalidades são problemas de insuficiente exclusividade, portanto de delimitação (e fisca-lização) da propriedade.

267 A externalidade não aponta para um defeito da ordem privada que apenas a intervenção corretiva do Estado pode resolver, como acreditaram alguns. O célebre economista britânico Meade, em artigo sobre externalidades,[97] citava, ainda na metade do século XX, o exemplo das abelhas que produzem externali-dade positiva para os agricultores vizinhos, a fim de ilustrar a oportunidade de ação governamental visando a "internalizar" tal efeito externo. Ora, um estudo da indústria apícola realizado por Cheung estabeleceu, sem sombra de dúvida,

95. Barzel 1989, 64.

96. A situação é, bem entendida, simétrica, como observou Coase 1990. A presença de banhistas interfere com os planos do poluidor.

97. Meade 1952.

que os interesses conseguiam, sem tais intervenções, “internalizar” os efeitos externos, seja no sentido de propriedade em comum das terras cultivadas e das abelhas, seja pela mobilidade dos agricultores que locavam seus serviços.[98]

268 De modo análogo, Coase demonstra como os economistas utilizavam os faróis costeiros a título de exemplo de uma externalidade – ou de um bem público que podemos considerar como uma externalidade positiva generali-zada – antes que os governos cobrassem por eles.[99] Estudo empírico mostra, novamente, como esse bem, aparentemenete público, era, há muito tempo, produzido pela iniciativa privada com vocação pública e por ela financiado mediante o valor dos pedágios recebidos conforme os navios passavam pelos portos vizinhos.

269 Desde que a compreensão da exclusividade apresentou problemas técni-cos agudos, arriscamo-nos a enfrentar uma externalidade generalizada como a poluição dos mares ou a concentração de ozônio. Vê-se bem a analogia desse problema com o do recurso de acesso livre estudado atrás.

270 As considerações precedentes permitem novo esclarecimento sobre ques-tão que ocupou os filósofos há três séculos. Locke, em seu *Deuxième Traité sur le gouvernement civil* (Segundo Tratado sobre o Governo Civil), sustenta a tese segundo a qual cada um tem direito, com exclusão de outrem, à proprieda-de das coisas que, por seu trabalho, retirou da natureza, desde que “restem aos demais o suficiente de bens e outras coisas comuns”.[100] Tal condição é conhecida como *proviso de Locke.* Da perspectiva da filosofia, a análise induz à conclusão que paraliza a apropriação. Pois, dependendo do objeto apropriado, não se pode, sempre, supor que, no estado da natureza, sejam encontrados bens em quantidade suficiente para os demais. Schmidtz propõe argumento para superar o dilema.[101] Os recursos que permitem acesso livre a todos de-vem estar submetidos à lógica do pasto sem cerca (*commons*). Se devermos permitir a outrem, e notadamente garantir às gerações futuras, “coisas boas e similares que sejam comuns”, nosso primeiro dever consiste em subtraí-las do regime de acesso livre. Há muitas formas de fazê-lo. A propriedade privada é uma dessas soluções, o que implica, paradoxalmente, que seja a exclusivida-de o elemento que permite a divisão dos recursos raros e não o acesso livre.

3. Comunidades e clubes

271 Foram apresentadas duas formas para resolver o problema da ação coleti-va, a saber, a criação de uma autoridade – de que o Estado constitui uma for-ma particular – e a atribuição dos recursos a título de propriedade exclusiva.

98. Cheung 1973.

99. Coase 1974.

100. Locke [1690]/1965, par. 27 *in fine* (nº 222, 460) (edição francesa 1984, 195).

101. Schmidtz 1991, 31.

Há, ao menos, outra via de solução, a da comunidade. Já a encontramos na descrição da vida dos prospectadores no início da corrida do ouro. Existem outros tipos de comunidades: os bairros, as cidades medievais,[102] as nações,[103] os grupos étnicos,[104] as guildas.[105] Ostrom mostra o papel da comunidade na maior parte dos casos por ela estudados.[106]

272 Nada obstante as dificuldades, muitas dessas comunidades conseguiram produzir bens coletivos e encontraram solução adequada para o problema da ação coletiva – a segurança, a assistência mútua, a confiança necessária para o crédito – sem ter de recorrer a uma ou outra das soluções relativas ao proble-ma da ação coletiva.[107] Sob certas condições, as comunidades encontram por si soluções para o problema da ação coletiva. Quais seriam essas condições?

273 Uma primeira classe de situações agrupa aquelas nas quais um bem não pode ser produzido senão mediante a contribuição de grande número de pes soas, mas em que se pode impedir seu consumo aos que não tiverem contribuí do. Tais bens podem, pois, ser oferecidos por *clubes,* como os que existem para a prática de esportes, de receração, de lazer.[108] Buchanan esboçou uma teoria do fenômeno que permite determinar as considerações que regem a quantida-de do bem coletivo a ser produzido e o tamanho do clube.[109] As cooperativas, assim como, por exemplo, arranjos de divisão de equipamentos pesados entre fazendeiros, constituem aplicações da ideia de clubes. Buchanan conclui que o tamanho preferido do clube para uma dada quantidade de bem coletivo será tanto mais reduzida quanto mais elevados forem os ganhos dos membros.[110]

274 Ressalta-se que antes da introdução dos seguros sociais estatais, nas áreas de acidentes do trabalho e da saúde, a partir do fim do século passado, havia sistemas informais ou organizados sob forma de mútuas (mutualidades), que ofereciam uma forma de seguro.[111] Existiam na Inglaterra, no século XIX, nu-merosos "*sick clubs*" e "*friendly societies*", administrados por trabalhadores. Até mesmo coletas informais entre trabalhadores mais pobres chegaram a reunir dinheiro suficiente para auxiliar aqueles dentre eles afetados por moléstias.

102. Bouckaert 1997, 218 ss.

103. Taylor 1981, 26.

104. Para China: Landa 1981, 1987; Cooter/Landa 1984.

105. Black 1984.

106. Ostrom 1990.

107. Sobre a forma de garantir a ordem social e a defesa contra o inimigo exterior nas cidades fla-mengas da Idade Média, ver Bouckaert 1997, 225-230.

108. Sugden 1986, 139.

109. Buchanan 1965.

110. Buchanan 1965, em Cowen 1988, 205.

111 Sugden 1986, 123 ss.; Taylor 1987, 169; Benhamou/Lévecque 1983, 25-28; Beito 1990, 711, Beito 2000; Siddeley 1992.

Sugden, que relata o fenômeno, explica, no seu jogo de ajuda mútua (*mutual aid game*), a racionalidade de contribuir para tais iniciativas: uma convenção de reciprocidade multilateral baseada na possibilidade de distinguir os parti-cipantes "leais" (*in good standing*) dos outros.[112]

274a. Nota da tradutora Recorde-se que, no Brasil, os primeiros progra-mas de seguridade social foram criados para beneficiar funcionários públicos. A universalização, se assim se pode designá-la, da seguridade social é recente. A previdência social (INSS), contudo, não é igual, em termos de benefícios finan-ceiros, à do funcionalismo e de parlamentares. Em relação a estes, ressalta-se a diferença de tempo de contribuição para fazer jus ao benefício integral. No que diz respeito ao funcionalismo público, uma vez efetivados os concursados, a Lei nº 9.717/98 dispõe sobre o regime próprio da previdência social (RPPS).

Contudo, talvez a maior dificuldade decorra de dois outros aspectos: de um lado os benefícios previdenciários não resultam de capitalização das con-tribuições feitas no presente para atender a necessidades futuras. O sistema geral da previdência social reparte contribuições de quem está na ativa entre os aposentados. O outro problema tem base na redução da natalidade e na entrada mais tardia no mercado de trabalho, agora associado ao aumento da idade média de vida. Dessa forma, o desequilíbrio tende a se acentuar com o decurso do tempo. Demais disso, por força de norma constitucional, pessoas que nunca contribuíram para a previdência social recebem benefícios que, ainda quando de valor não significativo individualmente, dados o número de beneficiários e os aumentos do salário mínimo superiores às taxas inflacio-nárias, geram outro desequilíbrio que afeta as contas da Previdência Social. A introdução do fator previdenciário, que reduz os benefícios para contribuin-tes, não tem sido suficiente para minorar o problema e, para muitos, parece uma forma de distribuição de renda inadequada.

275 A questão da adequada ou apropriada produção de um bem coletivo pode ser abordada sob outro enfoque. Convém partir da possibilidade da carona ou *free riding*. Esse comportamento faz com que as pessoas que se aproveitariam de um eventual bem coletivo tenham interesse menor do que as que realmen-te o produzem, quando a contribuição exigida seja função do interesse que declararem. Como cada um se vê diante da mesma perspectiva frente a um bem público, as pessoas afetadas declaram, em geral, interesse falsamente baixo, o que pode levar ao abandono do projeto de fornecer o bem. Há um problema, aparentemente insolúvel, de revelação de preferências que afeta, especialmente, a maior parte das ações do Estado.

276 Tiebout propõe resposta elegante para tal paradoxo.[113] Observa que mui-tos dos bens coletivos se restringem a interesses locais. Admita-se que existe

112. Sugden 1986, 123-127.

113. Tiebout 1956.

grande número de comunidades nas quais as pessoas podem se estabelecer e que os bens públicos produzidos por tais coletividades têm pouco efeito fora desse conjunto. Admita-se, também, que as pessoas se movimentam, não permanencem estáticas. Pode-se, agora, imaginar um processo de con-corrência entre comunidades. As pessoas mudam entre comunidades, diri-gindo-se para as que oferecem a combinação de bens coletivos e taxas locais que melhor lhes convêm. As comunidades têm, pois, interesse de pôr em prática combinações de bens coletivos que lhes permitam atrair e manter pessoas que aceitam se estabelecer em seus territórios e contribuir para o financiamento dos bens coletivos em questão. A mobilidade das pessoas se conjuga com a iniciativa das comunidades locais para revelar as preferências pelos bens coletivos. Tiebout chama a atenção, particularmente, para aquelas que se voltaram para o federalismo como forma de organização do Estado. A concorrência entre os Estados-membros permite que grupos distintos en-contrem, no seio da federação, grande respeito para os que se distinguem dos outros grupos.[114]

277 Restam situações em que as comunidades conseguem criar e manter bens coletivos que não se prestam, facilmente, à exclusividade. O risco de carona ou *free riding* é evidente. Taylor lembra três características da comunidade que permitem superar o problema da ação coletiva. Primeiramente, os membros dividem certos valores e crenças. Em segundo lugar, têm entre eles relações diretas – mais do que por interpostas pessoas – e multiformes. Em terceiro lu-gar, as pessoas no seio da comunidade praticam um mínimo de reciprocidade, no sentido de que as prestações numa troca sejam equivalentes e que o que for dado pressupõe uma dação recíproca quando a ocasião se apresentar, uma forma de seguro.[115] No seio de tais comunidades, os membros podem fazer comentários, ridicularizar, humilhar, para atingir as pessoas que – na lingua-gem dos jogos – não jogam de forma cooperativa. Tais comunidades, a par das características apontadas, só podem ser pequenas e relativamente estáveis.[116] Elas se prestam, como mostram, separadamente, Sugden e Taylor,[117] à coo-peração entre os membros nos projetos coletivos. A demonstração aparece como generalização das considerações invocadas para o dilema do prisioneiro com dois jogadores. Convém notar que os membros da comunidade podem ter interesse em contribuir para a produção de bens coletivos característicos da comunidade mesmo quando antecipam que alguns deles se aproveitarão de sua boa vontade (carona ou *free riding*).[118]

114. Ver, por exemplo, Rials 1986; Migué 1993.

115. Taylor 1987, 23 e, mais detalhado, Taylor 1981, 27-33.

116. Taylor 1982, 32.

117. Sugden 1986; Taylor 1987.

118. De Jasay 1989.

d. Conclusão

278 Os paradoxos da cooperação atualizados na análise das interações de duas pessoas tendem a se exacerbar quando certo número de pessoas deve colaborar para o sucesso de um projeto conjunto. O comportamento não coo-perativo, traidor, possível de ser posto em xeque em condições relativamente pouco exigentes nas interações entre duas pessoas, tem atrativo crescente. Em um grupo, mais que numa interação de dois, o comportamento em que o autor busca vantagens torna difícil sua detecção e a sanção fica incerta. As di-ficuldades são acentuadas em função do tamanho do grupo. Este o problema da ação coletiva.

279 Conforme o contexto, problemas da ação coletiva recebem denominações diferentes, mas que remetem, sempre, à mesma dinâmica subjacente. De ma-neira geral, fala-se de caronas para designar pessoas que vivem às expensas de outras, e de pilares, baluartes para indicar as que impedem a realização de um projeto coletivo mediante desenho estratégico, ou oportunista, visando a obter parte maior dos ganhos dele resultantes. São "bens coletivos" aqueles bens e serviços que apresentam essa particularidade que se desejaria eliminar. Uma vez disponíveis, o são, igualmente, para todos os consumidores. Refle-tem a dificuldade bem conhecida da ação coletiva.

280 Dados os problemas da ação coletiva, pode-se observar como as pessoas respondem aos mesmos por um conjunto de soluções, mais ou menos ade-quadas, conforme o contexto. Pode-se instituir no seio do grupo uma auto-ridade – um administrador ou líder que fiscaliza as caronas ou *free riding* e, rapidamente, impede a ação do baluarte. Essa solução traz, por si, o problema do controle do administrador e o da anuência, consentimento, dos membros do grupo. Pode-se, também, dividir o recurso sobre o qual se perfaz a ação coletiva em parcelas e atribuir as partes individualmente aos membros do grupo: propriedade individual. Tal solução pressupõe que o recurso se preste à divisão e põe o problema da definição e respeito aos limites, fronteiras, do direito individual. A questão dos limites aparece nas externalidades: o uso de um direito individual que interfere no de outrem, igualmente legítimo. Há, pois, que precisar a natureza da fronteira e dos usos que cada um dos proprietários terá. A externalidade deriva, essencialmente, de um direito de propriedade demarcado de forma incompleta. Se não dispusermos de meios para assegurar um mínimo de exclusividade sobre um recurso, surge o pro-blema da "tragédia da pastagem comum": a superexploração (a subprodução) de um bem a que todos têm livre acesso. Atualmente, a pesca oceânica ex-cessiva o exemplifica. A natureza do problema pode evoluir na sequência de descobertas técnicas que permitem perceber certa medida de exclusividade anteriormente ou até então impossível.

281 Afora a autoridade e a propriedade individual como solução para o pro-blema da ação coletiva, a coletividade pode ser, ou constituir, uma solução.

A teoria dos jogos põe em evidência as dificuldades da ação coletiva dentro das comunidades. Bens cujo consumo possa ser restrito aos membros de um grupo, mas não a qualquer um individualmente, se prestam à fórmula do "clube". O bem pode ser administrado por meio de um regime de proprieda-de comum. Tal regime exclui não membros e oferece aos membros uso livre, eventualmente restringido, segundo uma fórmula em que o objetivo essencial é evitar a exaustão, o esgotamento do bem de propriedade comum. Frequente que os membros tenham acesso igual, mas outras fórmulas são concebíveis.

281a. **Nota da tradutora** Podem-se imaginar atividades como aulas de gi-nástica ou de natação, por exemplo, em que a participação, embora restrita aos associados (membros do clube), seja cobrada por configurar uma pres-tação de serviços específica. Vale dizer, o uso de áreas do clube não implica acesso gratuito a atividades que requerem a contratação de pessoas especia-lizadas. Igualmente em condomínios edilícios, o uso de áreas e serviços co-muns é cobrado conforme rateio. O uso de certas áreas (salão de festas, por exemplo), para uso individual, costuma ser objeto de cobrança específica.

282 A respeito de bens coletivos com acesso livre, existe o risco de as pessoas não declararem o real interesse que o bem representa para elas (visando a reduzir sua contribuição para a manutenção), ou que os administradores do bem produzam quantidade que supere a necessidade dos membros. A concor-rência entre clubes, ou entre comunidades locais, é forma para determinar, corretamente, a quantidade de bens coletivos que os beneficiários desejam pelo custo que devem suportar. Tal solução pressupõe a mobilidade dos mem-bros. O deslocamento dos membros revela as preferências por bens produzi-dos por diferentes clubes. A dinâmica dá origem à literatura sobre a economia das federações.

283 Faltando mobilidade aos membros, pode-se, nada obstante, empreender ações coletivas com base em acordo de todos, em comunidades nas quais os membros tenham valores e crenças comuns, em que as relações diretas sejam múltiplas e haja certa reciprocidade entre eles. Essas comunidades tendem a ser pequenas e sujeitas a frequentes cisões e fusões.

284 Ao longo da história, os seres humanos descobriram um conjunto de métodos para resolver o problema da ação coletiva. Nós as denominamos instituições. A instituição comporta um conjunto de regras que se impõem às pessoas e lhes permitem, em relação a um bem específico, escapar do dilema da ação coletiva. O que é que determina a que instituição se recorrerá, ou, mais precisamente, quando se vive sob uma instituição, o que a faz mudar? A questão interessou a Jack Knight.[119] Nem sempre são as qualidades "objeti-vas" de uma instituição em relação a outras que determinam a escolha. A es-

119. Knight 1992.

colha se dá mais no contexto histórico e se afirma como resultado acessório da luta de indivíduos, ou de grupos de pessoas, no que concerne à distribuição das riquezas.[120] Uma vez feita a escolha, ela será mantida enquanto nenhum grupo puder esperar melhorar sua sorte mudando a instituição, dados os cus-tos que a mudança impõe e a oposição de outros grupos.

CONCLUSÃO GERAL DO CAPÍTULO

285 O direito articula soluções não violentas para conflitos que podem surgir entre pessoas e define as instituições cuja função será fazer prevalecer estas soluções. Se tal opinião estiver correta, o estudo das interações entre pessoas deveria considerar o ensino quanto à natureza do direito. Às estruturas re-correntes de potenciais conflitos deveriam corresponder instituições jurídicas que permitissem evitá-los.

286 A teoria dos jogos estratégicos tem intesse sobre a natureza das intera-ções entre pessoas no seio dos grupos. A teoria foi aplicada a questões jurí-dicas há apenas um quarto de século, estando seu desenvolvimento longe do fim. Os resultados até agora obtidos oferecem, já, muitos ensinamentos úteis sobre a natureza do direito que este capítulo pretendeu expor.

287 Nós distinguimos as interações em que a coordenação se dá por si mes-ma, ditas jogos estratégicos, em que os jogadores podem cooperar de forma proveitosa, mas em que têm aparente interesse egoísta em explorar os outros. Estas últimas interações nos desafiam a explicar as estruturas de cooperação que se desenvolvem, apesar de tudo, e conceber regras que impeçam a explo-ração de uns pelos outros. O estudo nos levou a descobrir a razão de ser da propriedade individual e da propriedade comum, assim como o fundamento da reciprocidade nos contratos. Encontramos muitos conceitos importantes, externalidades, ação coletiva carona ou *free riding* e baluarte, bens coletivos, problema de fiscalização (*agency*), custos de transação. Tais conceitos aparece-rão no restante do livro.

288 O sobrevoo deste capítulo mostra a utilidade, para o jurista, de poder recorrer à teoria dos jogos para estudar as interações humanas. O estudo evidencia constantes padrões, *patterns* (configurações) sistemáticos que dão lugar a paradoxos como conflitos, que cabe ao direito evitar. A teoria permite que nos indaguemos sobre a generalidade de tais interações e explica por que certas soluções são encontradas, no que diz respeito ao essencial, em culturas muito diferentes. Ao lado desses elementos necessários, impostos pela natu-reza da interação, há aspectos contingentes, como a escolha entre esquerda e direita para a condução de veículos ou aquele que determina os papéis no jogo do falcão e da pomba.

120. Knight 1992, 19.

289 O que há de essencial nas soluções dos jogos corresponde, talvez, a um direito natural mínimo, o caráter natural e universal a que tais regras respon-dem em face dos problemas de interação que existem, ou existiram, quando se fazem trocas ou há projetos coletivos de duração continuada ou escalonada.[121]

290 As regras discutidas se articulam na medida em que as pessoas vivem as dificuldades da interação que a teoria permite elucidar. As regras podem, muito bem, não ser editadas por ninguém. Nos diferentes jogos estudados há uma dinâmica convergente para uma regra precisa. Verdade que nada, em uma situação de jogo, garante que os participantes descobrirão a solução para o problema de interação vivido. Na prática, eles, com frequência, chegarão a ela, e a teoria mostra como uma solução inicial pode se generalizar. Ou seja, que os elementos essenciais do direito podem ser articulados sem que sejam objeto de concepção global, ou que o direito, na origem, se forma de maneira espontânea.[122] O direito escrito poderia limitar-se a codificar, regularizar as normas formadas desta maneira.[123] Bem entendido, o direito escrito pode, também, consistir em ucasses das autoridades.

291 As soluções articuladas pelo direito tomam a forma de instituições.[124] Instituições têm origem em problemas de interação. Representam regras mo-deladas para incentivar os jogadores a renunciarem à ideia de levar o jogo até o final. O respeito à regra que incorporar a instituição simplifica a decisão,

121. Esta perspectiva se aproxima daquela de Fuller 1969.

122. É, sem dúvida, falso crer que todas as interações dão lugar a ordens espontâneas. Conhecemos o fenômeno de pânicos nas bolsas: uma desordem que se amplifica?

123. Michel Villey o exprime assim: "Le droit ne descend pas d'un principe. Il naît d'en bas et s'épa-nouit en une frondaison de textes hétéroclites. Il ne forme pas un 'système unitaire de normes'" (Villey 1984, t. II, 206). (O direito não descende de um princípio. Nasce de uma base e se apoia sobre uma fundação de textos heteróclitos. Não forma um sistema unitário de normas).

124. O economista-historiador Douglass North explica o papel das instituições como segue: "*Institu-tions are the rules of the game in a society or, more formally, are humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social, or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding histo-rical change.* […] *Institutions reduce uncertainty by providing a structure to everyday life. They are a guide to human interaction, so that when we wish to greet friends on the street, drive an automobile, buy oranges, borrow money, form a business, bury our dead, or whatever, we know* (*or can learn easily*) *how to perform these tasks. We would readily observe that institutions differ if we were to try to make the same transactions in a different country – Bangladesh for example. In the jargon of the economist, institutions define and limit the set of choices of individuals*." (North 1990, 3-4). "Instituições são as regras do jogo em uma sociedade, ou mais formalmente – são constrições desenvolvidas pelas pessoas que modelam a interação humana. Em consequência, estruturam incentivos para a troca humana, sejam políticos, sociais ou econômicos. A mudança institucional modela a maneira pela qual as sociedades evoluem ao longo do tempo e, portanto, é a chave para compreender mudança histórica. [...] as intituições reduzem a incerteza ao proverem uma estrutura para a vida cotidiana. São o guia para a interação humana, tanto que quando desejamos cumprimentar amigos na rua, dirigir automóvel, comprar laranjas, emprestar dinheiro, organizar um negócio, enterrar os mortos, ou o que seja, sabemos (ou facilmente podemos aprender) como executar essas tarefas. Facilmente observaríamos que as instituições diferem se tentássemos executar a mesma operação em outro país – Bangladesh, por exemplo. No jargão do economista, instituições definem e limitam um conjunto de escolhas individuais."

evita o custo do jogo, e de eventual desvio, garantindo aos jogadores que os ganhos esperados serão, no mínimo, tão elevados quanto se jogassem todo o jogo até o final. A instituição funciona na medida em que cada um confia em que o outro a conhece e também a respeitará. É, portanto, mais preciosa quando o número de pessoas que a respeitam for elevado. A confiança será maior na medida em que, ao longo do tempo, a instituição for estável. Expli-ca-se, assim, o interesse das autoridades, no exercício do poder; de recorre-rem às instituições.

292 No momento de sua formação, todas as instituições constituem uma pro-posta vantajosa para os interessados. Uma instituição é substituída quando certas pessoas a ela submetidas avaliam, em face de novas circunstâncias, que não produz mais, no que concerne aos ganhos esperados, o que obteriam continuando a jogar como antes. A mudança das instituições gera oposições e custos uma vez que as pessoas a elas submetidas constroem capital humano no processo de adaptação. As pessoas prejudicadas por uma instituição ultra-passada podem considerar que os esforços necessários para modificá-la não valem o custo (esforço). As instituições podem, pois, sobreviver se as razões que justificariam sua mudança desaparecerem ao longo do tempo. Convém lembrar que as instituições constituem, na origem, as respostas a problemas de interação que a teoria dos jogos permite, usualmente, elucidar.

INDO ADIANTE

293 Escolhas interativas são objeto do livro de Hargreaves Heap e Varoufakis.[125] Além da teoria dos jogos os autores discutem negociação, organização e tro-ca cultural, assim como a ordem anárquica. Guerrien (2001) trata da teoria dos jogos em francês, porém sem tocar nas implicações jurídicas.[126] Muitos livros exploram as implicações da teoria dos jogos no direito. O *locus classicus,* porém, não é de fácil leitura, é Baird.[127] O livro de Eric Posner, filho do ou-tro, vale o tempo despendido, dada sua sensibilidade para questões como as da gênese e do respeito às normas sociais, objeto de sociólogos no diálogo com economistas.[128] No Brasil, igualmente, não há, salvo alguns artigos, livro de Teoria dos Jogos voltados para aplicações jurídicas. Sugden, economista e filosoficamente próximo de David Humme, mostra, de forma sutil, como a teoria dos jogos permite compreender os fundamentos das instituições jurídi-cas de direito privado.[129] Em linguagem bastante acessível, Dasgupta mostra

125. Hargreaves Heap/Varoufakis 2004.

126. Guerrien 2002.

127. Baird et al. 1994.

128. Posner 2000.

129 Sugden.

o liame da confiança com as estruturas de interação atualizadas pela teoria dos jogos.[130]

293a. Nota da tradutora No Brasil, igualmente, não há, salvo alguns arti-gos, livro de Teoria dos Jogos voltado para aplicações jurídicas. Entre os livros disponíveis, citam-se: *Uma introdução a teoria dos jogos*, de Brígida Alexandre Sartini, Gilmar Garbugio, Humberto José Bortolossi, Polyane Alves Santos e Larissa Santana Barreto, e *Teoria dos jogos*, de Ronaldo Fiani. De 2013, *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*, de Alexandre Morais da Rosa.

130 Dasgupta 2007, c. 2, p. 30 ss.

capítulo **3**

O mercado e a concorrência

"The laws enacted in the ignorance of simple economic principles can do great damage, yet we observe little progress in the recognition of the limitations that economics should impose on legislation." ***Buchanan 1979, 131***

"As leis aprovadas que ignoram princípios econômicos simples podem causar grandes danos; entretanto, observa-se pouco progresso no reconhecimento das limitações que a economia possa impor sobre a legislação." ***Buchanan, 1979, 131***

Seção **1**

O mercado

1. FUNDAMENTOS DO MERCADO

a. *A troca*

294 A troca,[1] isto é, a transferência de um bem ou o fornecimento de um serviço mediante contrapartida semelhante, ou em moeda, constitui uma das relações essenciais que os seres humanos podem estabelecer entre si. A facul-dade de trocar é traço distintivo do ser humano em relação a outras espécies animais.[2] A troca é um dos fundamentos da vida em sociedade: "sem troca, sem sociedade", escreveu Braudel.[3]

1. O termo "troca" é empregado aqui em sentido amplo, em oposição ao sentido jurídico mais res-trito de contrato nominado mediante o qual duas partes se dão uma coisa a outra (reciprocamente).

2. Smith [1776]/1937, 13 (Liv. I, c. II).

3. Braudel 1985, 20.

295 Por que troca? A resposta está nos ganhos que ela permite obter em re-lação às sociedades autossuficientes, em que cada um provê, integralmente, suas próprias necessidades. Para compreender a fonte de ganho, tomemos um exemplo bem simples.[4] Podemos gastar uma hora para cuidar de uma cultura de ervas aromáticas e meia hora para preparar uma refeição. O vizinho gas-ta duas horas para cuidar da plantação (de mesma dimensão), e apenas um quarto de hora para preparar uma refeição (por hipótese tão saborosa quanto a nossa). Suponhamos que as hortas devam ser cuidadas todos os dias. Pas-samos 2,5 horas por dia a cuidar da horta e a preparar refeições, enquanto o vizinho gasta 2,75 horas para executar as mesmas atividades.

296 Proponha esta troca ao vizinho. Você cuidará da horta e, em contraparti-da, o vizinho preparará suas refeições. Cada um faz sua parte. Você passará, agora, duas horas por dia cuidando das hortas e seu vizinho uma hora e meia para preparar as seis refeições. Cada um ganha na troca, um ganho Pareto.[5]

297 Podemos pensar que a troca se torna interessante nos casos em que cada parte transfere à outra as atividades mencionadas. Mas essa resposta é muito simples. Suponhamos que se possa preparar uma refeição em um quarto de hora e cuidar da horta em uma hora e meia e que o vizinho gaste uma hora para preparar a refeição e duas para cuidar da horta. Na aparência não há nada a ser trocado, pois, nas duas atividades, superamos o vizinho. Lembre-mos, ainda assim, das consequências da troca evocadas acima. Sem a troca, passaríamos 1,25 hora nas duas atividades e o vizinho gastaria 3,5 horas. Pondo-se ambos de acordo para realizar a troca, nós cuidaremos das hortas, o que nos ocupará uma hora por dia – ganho de um quarto de hora. O vizinho preparará as refeições, o que lhe ocupará 3 horas – ganho de meia hora. Mais uma vez a troca produz ganhos para os dois.

4. Emprestado de Friedman 1986, 120 ss. A leitura desse livro é recomendada aos que desejarem aprofundar os temas abordados neste capítulo.

5. Segundo o célebre economista-sociólogo Vilfredo Pareto (1848-1923), o critério que leva seu nome é empregado para avaliar se uma economia é melhorada após uma troca. Para evitar uma ava-liação na qual as perdas de uns são pesadas contra os ganhos de outro (o que implica uma compara-ção interpessoal de utilidade e, eventualmente, um paternalismo da parte de quem julga), diz-se que há um ganho se cada pessoa, após a troca, se encontrar, segundo seus próprios valores, na mesma ou em situação melhor. Na medida em que as pessoas não sejam invejosas umas das outras, o critério corresponde à unanimidade nas decisões coletivas. A inveja faria com que não apenas não se acei-tasse perder no sentido absoluto, mas quando recusaríamos mesmo um ganho menor (menos que proporcional) ao dos demais. Se se admitir a inveja, poucas mudanças poderiam ser consideradas ganhos. Mas, com o critério de Pareto, muitas situações não permitem julgamento: aquelas em que alguns ganham e outros perdem. Para escapar de tal indecisão, propôs-se o critério segundo o qual se há um ganho e os ganhadores puderem compensar os perdedores (critério Kaldor-Hicks). Na au-sência de um entendimento sobre a indenização, é difícil evitar a arbitrariedade de tal julgamento e não se pode admiti-lo como científico. Não há dúvida, pois, que na vida política de todos os dias tais arbitrariedades sejam realizadas. Mas a questão pertinente é a quem o poder arbitrário é conferido, por quanto tempo e sob que forma de fiscalização. Essas são as questões que interessam ao movi-mento da *public choice* (escolha pública) que será tratado no capítulo sobre a ordem pública e o poder.

298 O que explica o resultado é que nós e nosso vizinho não temos a mesma eficiência relativa no preparo das refeições em relação ao cuidado das hor-tas. Para nós, uma refeição equivale à metade do cuidado da horta, enquanto para o vizinho equivale a um quarto. O vizinho tem *vantagem comparativa* na preparação das refeições, nós no cuidado das hortas. A troca é baseada nessa diferença e permite a cada um especializar-se na atividade em que tenha van-tagem comparativa. O fator decisivo não está, pois, na eficácia absoluta (me-dida aqui em horas), mas na eficácia relativa da produção dos dois serviços: a troca é interessante mesmo se superarmos o vizinho nas duas atividades. As vantagens comparativas são a fonte dos ganhos do livre comércio entre países, mesmo com diferentes graus ou níveis de desenvolvimento.[6]

299 O exemplo concerne a uma troca de serviços. Raciocínio semelhante pode ser desenvolvido para a troca de bens. A colheita de batatas foi feita. Seu vizi-nho acaba de recolher os ovos postos por suas galinhas. Ambos se encontram
e ajustam trocar uma cesta de batatas por uma de ovos. Se cada um encontrar benefício na troca o observador externo concluirá que, para nós, nesse exato momento, a cesta de ovos vale mais do que a de batatas, enquanto para o vizi-nho é o contrário. O interesse da troca decorre do fato de que as duas pessoas não valorizam os bens trocados da mesma forma. Esse raciocínio se estende à situação em que vendemos nossa cesta de batatas a um terceiro por R$ 15,00. Para nós, as batatas valem no máximo R$ 14,99, enquanto para o terceiro elas valem, ao menos, R$ 15,01, o que permite compreender por que cada um considera ganhar com a transação e a aceita.

b. A divisão do trabalho

300 Na troca de serviços acima apresentada, as diferenças entre os vizinhos podem ter múltiplas origens: aptidões naturais, hábitos, costumes, educação, experiência anterior, riqueza da terra e clima do local de residência, entre ou-tras. Ela pode, também, resultar de um fator que merece breve comentário, a *divisão do trabalho.* A expressão parece ter sido empregada pela primeira vez por
Adam Smith (1723-1790), no final do século XVIII.[7] Adam Smith designa dessa forma a especialização dos trabalhadores nas etapas específicas de um proces-so de produção. Dá como exemplo a fabricação de agulhas. Um operário não especializado, na melhor das hipóteses, não poderia produzir mais do que 20 agulhas por dia. Decompondo a fabricação em 18 etapas e confiando cada uma
a um ou mais operários, a equipe chega a fabricar uma dúzia de libras-peso de agulhas por dia. A produtividade por trabalhador vai além. Adam Smith estima ser esse princípio fonte de ganhos em todas as esferas da atividade humana.

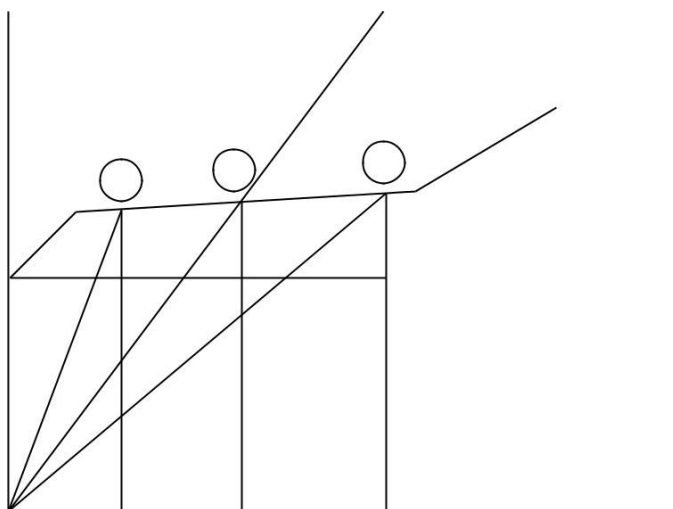
6. O princípio das vantagens comparativas foi articulado por primeira vez pelo economista inglês David Ricardo (1772-1823).

7. Smith [1776]/1937, 4 (Liv. I, c. I).

301 A divisão do trabalho não é fruto de um plano ou programa visando a au-mentar a riqueza de todos. Ela se impôs como "consequência necessária, ainda que de forma lenta e gradual, de certa propensão da natureza humana que não visa qualquer utilidade tão ampla, ou seja, a propensão de negociar e de trocar uma coisa por outra".[8] Cada um buscando seu interesse e a possibilidade de trocar bastam para que apareça a oportunidade de divisão do trabalho.

302 A divisão do trabalho se conjuga, muitas vezes, com a introdução de máqui-nas e outras inovações tecnológicas no processo produtivo. As máquinas produ-zem, na maior parte do tempo, um efeito denominado *rendimentos crescentes* ou *economias de escala*. Retomando o exemplo das agulhas, a construção ou compra da máquina é onerosa e não pode ser justificada para produzir algumas agulhas apenas. Porém, se produzirmos agulhas em grande quantidade, o custo de pro-dução por unidade, quer dizer, o custo médio, é inferior ao da produção artesanal sem o uso de máquinas. Ou, de outra forma, o custo médio (da unidade) na produção artesanal varia pouco com a quantidade produzida; se quisermos au-mentar a produção, é preciso ampliar, proporcionalmente, a equipe. As primeiras unidades produzidas custam tanto quanto as seguintes. Em contraste, na pro-dução industrial com máquinas, a produção das primeiras unidades é cara, dado o custo "fixo" (aquisição) do equipamento, enquanto as unidades produzidas subsequentemente aumentam pouco esse custo e, enquanto nos mantivermos dentro da capacidade de produção do equipamento, o custo médio baixa.

303 O fenômeno pode ser ilustrado com a ajuda do Gráfico I, 3.1.

Gráfico I, 3.1 – Rendimentos de escala

8. Smith [1776]/1937, 13 (Liv. I, c. II).

304 O gráfico mostra a relação entre produção e custo. No processo artesanal a relação é constante, visto que o custo da unidade não varia conforme o nú-mero de unidades produzidas. É, portanto, uma linha reta. O ângulo da direi-ta indica o custo por unidade. A produção industrial se traduz, nesse gráfico, por uma curva e não uma reta. Para uma pequena produção (Q_p), o custo por unidade, representado pelo ângulo da direita com origem no ponto 1, é mais elevado do que para o da produção artesanal: é preciso amortizar o custo do equipamento por algumas unidades. No ponto 2, então, os custos dos dois processos de produção são equivalentes. Quando se ultrapassa a produção de Q_e, correspondente ao ponto 2, surgem os rendimentos de escala. O custo unitário é, então, inferior ao da produção artesanal, como se vê no ponto 3. A reta ligando este ponto à origem tem ângulo menor do que a da produção artesanal que passa pelo ponto.

2. A EVOLUÇÃO DOS MERCADOS

305 As trocas ocorrem, sem dúvida, a todo tempo. As instituições necessárias para enquadrá-las são de compreensão relativamente fácil: respeito recíproco à propriedade das coisas a serem trocadas; acordo e transferência recíproca, simultânea ou em momentos diferentes de tempo. As considerações do ca-pítulo precedente indicam que tais instituições podem ter sido descobertas e preservadas em todas as espécies de sociedades e de economias. A pro-priedade e o contrato bastam para explicar as trocas pontuais, assim como a atividade dos mercadores viajantes. Não explicam, contudo, por si sós, o que denominamos "mercado".

306 "Mercado" é qualquer situação em que pessoas que têm bens ou servi-ços para oferecer procuram apresentar-se frente a pessoas interessadas em obtê-los, ou, ainda, aquela em que muitos compradores potenciais buscam se apresentar frente à pessoa ou às pessoas que tenham bens ou serviços a oferecer, podendo, portanto, os dois fenômenos ocorrer simultaneamente. Os primeiros mercados aparecem bem cedo na história: são os mercados de pro-dutos agrícolas, as feiras e os *souks*. A fórmula dos mercados foi compreendida e progressivamente refinada.[9] As Bolsas, reunindo mercadores atacadistas,

9 Ver os estudos apresentados em: Anderson/Latham 1986; Kohn 2005; Polanyi et al. 1957. Neste último, Polanyi tem um estudo que denomina "*Marketless trading*" (12 ss.). Sobre a história dos mercados e da troca, North 1990, 193, escreveu: "*Early long-distance and cross-cultural trade and the fairs of medieval Europe were built on such institutional constructs.* […] *In early modern Europe these institutions led to the state increasing its role in protecting merchants and adopting merchant codes as the revenue potential of such fiscal activities increased. However, in this environment the state's role was at best ambiguous. The state was as often the source of increasing insecurity and higher transaction costs as it was the protector and enforcer of property rights. Throughout history rulers of states have found that acting like the modern Mafia* (*given the time horizons they possessed*) *was the optimal maximizing behavior rather than protecting and enforcing property rights and receiving the gains that resulted from the productive consequen-ces of more efficient exchange*." Ver também Tilly 1985. ("Muito cedo, distância operações culturais

ou *negociantes,* da mesma forma que as modernas Bolsas que negociam com opções a termo constituem formas evoluídas.

307 Interessante deter-se sobre o desenvolvimento dos mercados. Os his-toriadores documentaram o fenômeno na Europa ocidental. A prática dos mercados suscita interesses opostos. Os mercados da Idade Média eram, sob qualquer forma, considerados propriedade do senhor das terras nas quais

ocorriam.[10] Os senhores viam nos mercados fonte de receita e tinham interes-se de estimulá-los. Os compradores, por sua vez, dada a grande variedade de bens ofertados, e face à possibilidade de compará-los, também os apreciavam. Os mercadores, da mesma forma, tinham interesse em deles participar, dadas as melhores condições de escoarem seus estoques.

308 Contudo, a existência de um mercado implicava concorrência com as lo-jas e estabelecimentos no "circuito comercial" da região. O mercado de uma região podia fazer concorrência ao de outra região, cada um deles sob autori-dade de um diferente senhor. O senhor que autorizasse um novo mercado – diretamente ou outorgando uma carta à cidade que desejasse sediá-lo – ficava submetido a pressões contraditórias. A permissão era, em geral, conferida com reservas, de forma a administrar a concorrência.

309 Muitas condições deveriam ser atendidas para o adequado funcionamen-to dos mercados. Assim, por exemplo, a garantia da segurança daqueles que desejassem nele atuar, operar. Era preciso assegurar respeito aos contratos, à honestidade dos mercadores e à padronização de pesos e medidas e da moe da. Para simplificar as operações e garantir a equidade nos contratos, era interessante fixar preços para diferentes tipos de bens. Era preciso, enfim,

reprimir o roubo ou furto, a fraude e as colusões.[11] Por sua vez, os mercados desenvolveram as regras necessárias para enquadrar suas atividades. Isso se manifesta nos contratos tipo ou tipificados, nas facilidades de crédito e nas garantias. Inegável que as autoridades participaram, sob diferentes formas, garantindo a ordem pública mediante alguma regulamentação coercitiva. Elas

cruzadas e as feiras medievais na Europa foram construídas sobre instituições. [...] No início da era moderna na Europa, tais instituições levaram ao crescimento do papel do Estado na proteção dos mercadores, e a adoção de códigos de comércio, enquanto as receitas fiscais resultado poten-cial dessas atividades aumentava. Entretanto, nesse ambiente, o papel do Estado era, no mínimo ambíguo. O Estado era tanto a fonte de crescente insegurança e aumento de custos de transação quanto era o protetor e garantidor do direito de propriedade. Ao longo da história, os legisladores perceberam que agir como a moderna Magias (dado os horizontes temporais disponíveis) era óti-mo para efeitos produtivos de trocas mais eficientes.")

10. Bridbury 1986, 109. Rosenberg/Birdzell 1986, 47 ss., 135, explicam que os mercados ocorriam nas cidades mais do que nas vilas; as cidades tinham "comprado" o estatuto de seu domínio, o que lhes dava uma certa liberdade de ação. Tal liberdade era, em geral, empregada pelas guildas para impor restrições ao comércio em benefício de seus membros.

11. Bridbury 1986, 108.

tinham interesse. Resultado é que os mercados da Idade Média estavam longe de serem livres.[12]

310 Por que os primeiros mercados apresentaram um interesse tão grande em comparação com as trocas bilaterais? O encontro de múltiplos ofertantes e adquirentes tem, para cada um, a vantagem de reduzir o custo – financeiro ou outro – de encontrar parceiros para fazer a troca. De outra forma, o ofertan-te tem acesso a múltiplos compradores (interessados), o que pode justificar a produção em maior quantidade, com rendimentos de escala, fator que se reflete em redução do custo médio. Aquele que desejar oferecer um produto novo encontra uma concentração de eventuais compradores, o que pode redu-zir o risco da operação a nível que considere aceitável. Vale dizer que merca-dos oferecem maior variedade de bens e serviços, a preços melhores (se estes, os preços, não forem rigidamente fixados) e mais inovação nas fórmulas pelas quais tais bens e serviços são ofertados.[13]

311 Mercados reduzem custos que as partes suportariam para se reunir e fazer a troca, ou seja, "custos de transação". Os "custos de transação" apa-recem todas as vezes que uma operação que parece lucrativa não ocorre em virtude das constrições que impedem os atores do mercado de concluí-la. A redução dos "custos de transação" produz ganhos reais para todos os par-ticipantes e não lucros para alguns deles auferidos com as perdas dos ou-tros. A troca é um jogo de soma positiva. Os ganhos não são planejados por ninguém. Eles se perfazem "no mercado", de forma que cada participan-te, ofertante tanto quanto comprador, busca seu interesse na troca. Quanto mais ofertantes e adquirentes se encontrarem num mercado, ou numa feira, mais importantes serão os ganhos. Este, dir-se-á em jargão moderno, é o efeito da concorrência.

312 Quem tem interesse em operar no mercado? Isso depende, em primeiro lugar, do custo de transporte. Quem oferta um bem ou serviço deve recuperar, no preço de venda, o custo do transporte para ir ao mercado. O transporte integra os custos de produção. Se o transporte para um mercado distante for muito caro, não será possível concorrer com os produtores locais. Da mes-ma forma, quem pretende adquirir um bem ou serviço deve levar em conta, como parte do custo de aquisição, as despesas necessárias para ir ao mercado. Essa observação banal permite chegar a duas conclusões interessantes. Os primeiros mercados foram organizados em locais acessíveis em que o custo do transporte era pouco elevado: o centro de uma região agrícola, mas, sobre-tudo, os portos, sendo o transporte de barco, na antiguidade, o modo de longe o mais barato (ou menos caro). Em segundo lugar, é preciso lembrar que toda inovação que reduza o custo de transporte aumenta o conjunto daqueles que

12. Bridbury 1986, 108-111.

13. Sobre o papel da inovação no desenvolvimento do Ocidente: Rosenberg/Birdzell 1986, 20-32.

participarão de um dado mercado. Assim, a invenção de barcos de grande capacidade, no século XV, permitiu que o trigo adquirido nos portos bálticos e as madeiras vindas da Suécia concorressem com os produtos locais nos mer-cados de Flandres, da Holanda, da Zelândia nos séculos XV e XVI.

313 O que vale para custos de transporte aplica-se aos custos de transação. Tudo o que reduza os custos de encontrar um parceiro para a troca, de mos-trar o que se tem a oferecer ou o que se deseja adquirir, estabelecer condi-ções de acordo e assegurar sua execução contribui para formar o mercado. A periodicidade das feiras nos grandes centros comerciais na Idade Média foi invenção visando a reduzir custos de transação. Atualmente, os espetaculares progressos dos meios de comunicação, a informação (correio, jornais, mídias, recursos eletrônicos etc.) reduzem, continuamente, os custos de transação e alarga os mercados.

314 O desenvolvimento leva, progressivamente, a outras inovações. Assim como, na origem, o mercado designava um local físico de encontro de ofertan-tes e adquirentes, a redução dos custos de transporte, comunicação e transa-ção dilui, progressivamente, a necessidade de ancoragem física e geográfica. O mercado se torna, por vezes, mais amplo, largo e abstrato. De local o mercado se torna regional, nacional, internacional, mundial. Torna-se mais abstrato no sentido de que os concorrentes não se encontram lado a lado, mas aparecem nas comparações que os eventuais clientes estabelecem a partir de informa-ções a que tenham acesso, por qualquer meio e onde se encontrem. A concor-rência se torna mais atuante, mais viva.

315 A concorrência resulta não apenas da comparação de preços de produtos conhecidos e ofertados segundo as fórmulas tradicionais. Ela aparece, tam-bém, e, sobretudo, pela inovação das formas de produção, na natureza dos produtos, na maneira de apresentá-los aos clientes. Atualmente, por exem-plo, quem introduziu a produção sem estoque (*just in time production*) obteve economias sobre custos de estoques que garantiram vantagem competitiva, rapidamente dissipada por efeito da imitação. Como consequência, a percep-ção de concorrência e mercado, evolui.

316 Brenner traz muitos exemplos dessa evolução.[14] Durante a Segunda Guer-ra Mundial, período no qual se usava, sobretudo, roupas de lã, a lavagem a seco era uma indústria em rápido crescimento. Trinta anos depois essa indús-tria declina. A explicação está na concorrência entre lavanderias? **Não.** A con-corrência veio do exterior para o mercado de limpeza com a invenção de fibras sintéticas que não requerem lavagem a seco. Vejamos outro exemplo. Gillette inventou, e pôs no mercado, no fim do século passado a lâmina descartável. Ele se tornou, graças a essa invenção, o *leader* mundial dos barbeadores. Ora, a empresa sofre, agora, a concorrência feroz de um produtor de canetas, Bic,

14. Brenner 1987, 1 ss.

que introduziu uma nova ideia, o barbeador totalmente descartável. Veja-se um terceiro exemplo – a indústria do cinema em sala fechada. Há concorrên-cia entre cinemas? **Não.** A televisão e os vídeos corroem esse mercado.

317 Os exemplos realçam a questão da extensão de um mercado. No caso da indústria cinematográfica, o mercado se limita à apresentação de filmes em salas? Devemos, então, explicar o declínio dessa indústria. Isso se explica facilmente se admitirmos que o mercado visado é aquele do espectador audio-visual, incluindo a televisão e os videoclipes, ou mesmo, de forma resumida, o mercado de espetáculos, o da diversão.

318 A questão do tamanho do mercado tem outro interesse, bem prático. Preocupa-nos, pelas razões aqui analisadas, a ação dos monopólios e dos car-téis. Considera-se que eles desnaturam a concorrência em detrimento dos consumidores. O direito da concorrência permite aplicar sanções severas contra monopólios e cartéis. Entretanto, se as fronteiras do mercado de um produto parecem cada vez menos fáceis de definir de forma confiável, e se a concorrência pode surgir de situações não previstas, especialmente vindas de fora do mercado aparente do produto de que se trate, a base mesma da legis-lação concorrencial será corroída. Voltaremos a essa questão.

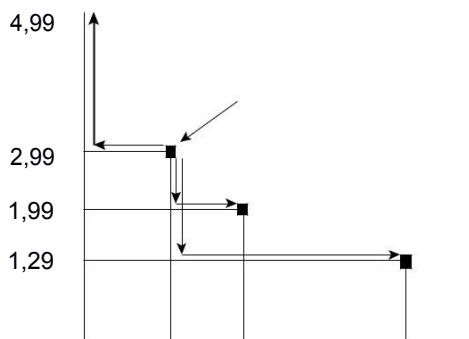
3. O FUNCIONAMENTO DO MERCADO

319 Nos tradicionais mercados agrícolas o preço da couve, das batatas e dos tomates varia pouco entre um e outro fornecedor. O mesmo ocorre nos mer-cados modernos de produtos ofertados em revistas de informática. Parece haver, nestes, uma convergência de preços praticados pelos diferentes forne-cedores, daí a emergência de uma ordem espontânea. Diz-se, então, "o" preço de mercado, O fenômeno, e outros conexos, são objeto da microeconomia. Apresentamos um resumo das ideais essenciais.

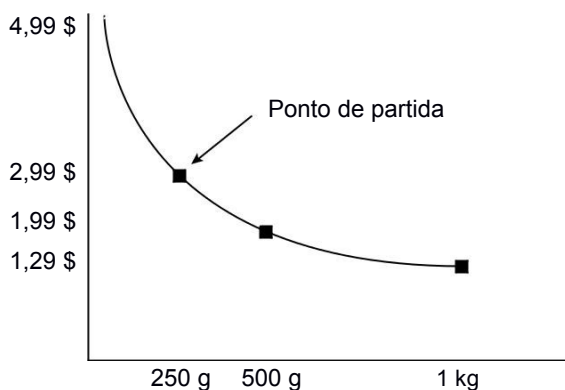
320 Imagine-se, para exemplificar, o início da safra de morangos. Estão, ain-da, caros – $ 50,00 o quilo. Por esse preço comprar-se-iam 250 g de morangos. Se o preço cair para $ 30,00 o quilo, a compra seria de 500 g e, a $ 20,00 o quilo, a compra seria de um quilo. Inversamente, se o preço dos morangos aumentar para $ 70,00 o quilo, não se comprariam morangos e nos satisfarí-amos com maçãs.

a. *Intenções de compra: a demanda*

321 Podemos representar as intenções por meio de gráfico que indica, a partir do preço atual e da quantidade comprada, as reações (diferentes quantidades adquiridas), em face de mudanças de preço (Gráfico I, 3.2).

Gráfico I, 3.2 – Intenção de comprar morangos a preços diferentes

As flechas indicam (1) as mudanças de preço e (2) suas reações

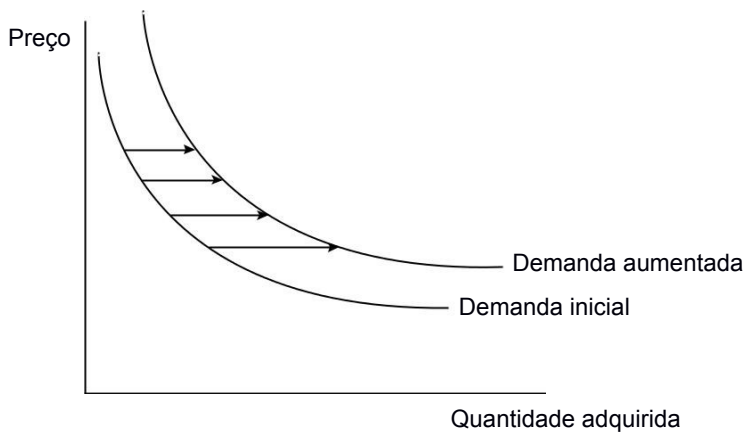
322 Ligando os pontos do gráfico, a curva indicaria outras combinações de preço e quantidade que corresponderiam às intenções de compra (Gráfico I, 3.3). Esse gráfico ilustra ideia intuititiva: quanto mais de um produto se com-prar, menor será o valor das últimas unidades e menos se pagará por elas. A partir de certa quantidade, nem mesmo se quer o produto; sua demanda está "saturada". O economista exprime o fenômeno com a noção de *utilidade decrescente*.

Gráfico I, 3.3 – Intenção de comprar morangos a preços diferentes

323 Pode-se fazer exercício semelhante para todos os consumidores que, hoje, comprariam morangos. A imagem global seria resultado de uma adição das curvas "horizontalmente" (quer dizer, adicionaríamos as quantidades que os consumidores se propõem a adquirir por diferentes preços). Obtém-se, dessa forma, o que habitualmente se denomina *curva da demanda.*

324 Tal curva indica a reação prevista do conjunto de consumidores em face de mudanças do preço. Há que lembrar que se trata de planos subjetivos, difi-cilmente captados, exceto retrospectivamente, ou seja, pelas escolhas que os consumidores realmente fizeram. Mas, então, não se trata de planos de com-pra e sim de ações consumadas. As curvas de intenção de compra são, pois, na prática, de difícil mensuração. São construções teóricas que permitem pensar, imaginar, os efeitos de diferentes mudanças. A curva indica de que forma, segundo a mudança do preço, os consumidores "se movimentam ao longo da curva".

325 Se os consumidores ficarem mais ricos, pode-se supor que para cada preço comprarão morangos. A nova curva está à direita da anterior (Gráfico I, 3.4). O aumento da riqueza pode provir, por exemplo, de ganhos de produtivida-de (com aumento correspondente de salários), mas também da redução do preço de outro produto ao qual os consumidores destinavam parte impor-tante de suas rendas. Aumenta a parte da renda disponível para morangos (*efeito renda*).

326 Há outras circunstâncias em que a curva "se move para a direita". É o caso de um aumento do preço de produtos para os quais os morangos são, para os consumidores, bom substituto – por exemplo, laranjas, em razão da vitamina C. Uma parte da renda destinada à vitamina C é deslocada das laran-jas para os morangos (*efeito substituição*).

Gráfico I, 3.4 – Curvas de demanda

327 Em todos esses casos em que a curva "se desloca para a direita", dizemos que a demanda aumenta. Inversamente, imaginamos que perdas de receita, aumentos de impostos, baixa de preço de produtos substitutos, ou, ainda, o fato de o produto "sair de moda" para os consumidores, **fazem** a curva da demanda deslocar-se em direção à esquerda: a demanda diminui.

328 Convém insistir na diferença entre mudanças de preço do produto ana-lisado, que provocam mudanças ao longo da curva, a qual não se modifica, e mudanças de renda ou de preço de outros produtos (substitutos, por exem-plo), que provocam deslocamento da própria curva de demanda.

b. Planos de produção e venda: a oferta

329 Análoga análise pode ser feita da óptica dos ofertantes. A um dado preço, sabe-se, o comerciante oferta uma determinada quantidade do produto. Se o preço que espera obter aumentar, esforçar-se-á para oferecer mais. Evidente-mente, tal expansão tem limites e chega-se a um ponto em que, mesmo um considerável aumento do preço não levará a aumento significativo da quan-tidade ofertada daquele produto. Inversamente, à medida que o preço cai, o fornecedor oferta cada vez menos do produto, acabando por se retirar comple-tamente do mercado em questão.

330 Poderíamos, como para o consumidor individual, representar esses pla-nos, sob a forma de curva. Para isso, talvez, deva-se pensar em adicionar as curvas de diferentes fornecedores para estabelecer uma curva de oferta global. Ela teria a forma do Gráfico I, 3.5.

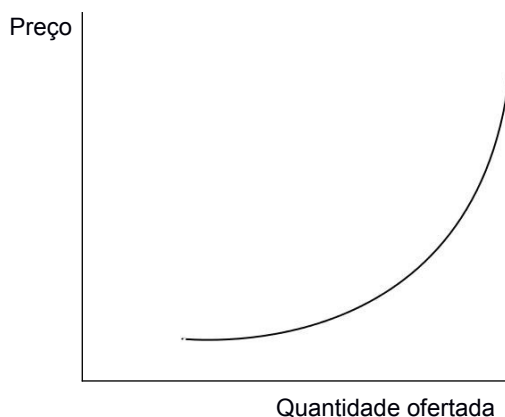
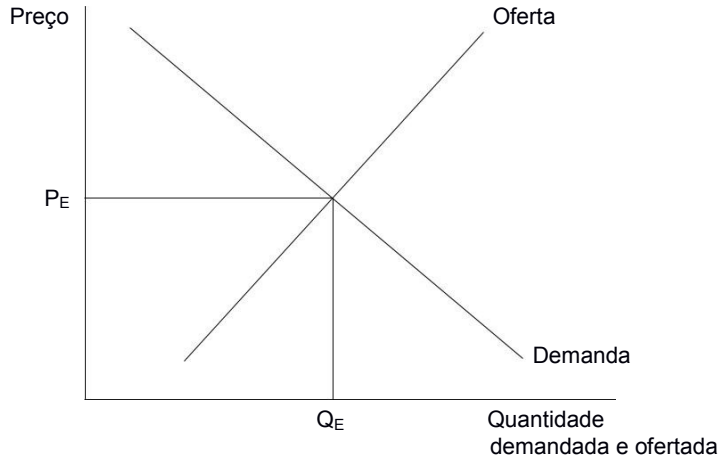
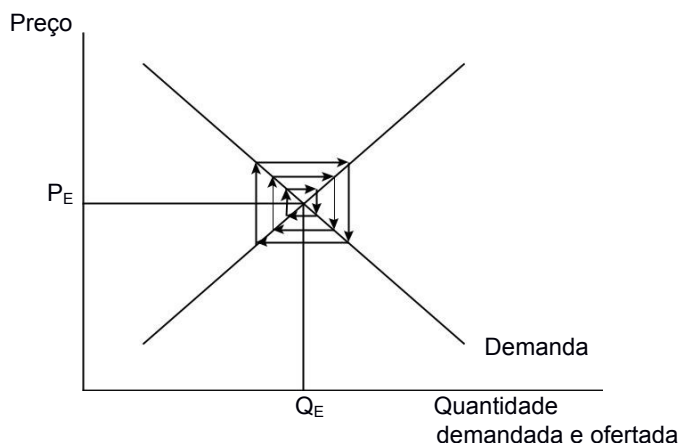
Gráfico I, 3.5 – Curva da oferta

331 Os preços observados no mercado traduzem a interação entre oferta e deman-da, graficamente no cruzamento entre as duas curvas, como mostra o Gráfi-co I, 3.6. Para simplificar a ilustração, as duas curvas serão representadas por retas.

Gráfico I, 3.6 – Demanda e oferta comparadas

Preço
Oferta
P_E
Demanda
Q_E
Quantidade demandada e ofertada

332 A interação entre oferta e demanda tende, na ausência de perturbações, a fazer os preços evoluírem para a intersecção das duas curvas. Nesse ponto a quantidade demandada é igual à ofertada e não há sobras nem escassez, penúria. O mecanismo responsável por esse feliz resultado é o preço. Supo-nhamos que ele fosse inferior a P_E. Os fornecedores levariam ao mercado me-nos do que a quantidade Q_E, enquanto os consumidores demandariam mais: haveria escassez (ou penúria). Mas a observação de tal escassez incitaria os consumidores a disputarem a pequena quantidade disponível, levando os for-necedores a aumentarem o preço. O aumento do preço seria, para todos os fornecedores, sinal de que interessaria aumentar a quantidade ofertada no mercado e, para os consumidores, sinal para moderarem o apetite pelo bem ou a lhe destinarem mais recursos financeiros. Se o preço aumentar além de P_E, produz-se fenômeno oposto. A quantidade demandada a esse preço é menor do que a ofertada, pelo que os fornecedores tenderão a reduzir o preço para desovar os estoques, uma vez que a baixa do preço leva ao aumento da quantidade que os consumidores se dispõem a comprar. Mediante esses mo-vimentos de adaptação, sob forma de uma teia de aranha, os diferentes preços de equilíbrio P_E terminarão por chegar àquele (Gráfico I, 3.7).

333 Os preços praticados nos mercados formam, pois, um sistema de sinais que permite a fornecedores e consumidores ajustarem seus planos de forma coordenada, levando aqueles a produzir e vender na medida em que os consu-midores se mostrem propensos a consumir. Tal coordenação, resultante das ações de numerosas pessoas que não se concertam, sem nenhuma planifica-ção, inspirou Adam Smith a imaginar a "mão invisível": "cada um busca seu

ganho e, dessa forma, como em outros casos, é levado pela mão invisível a promover um fim que não faz parte de suas intenções".[15]

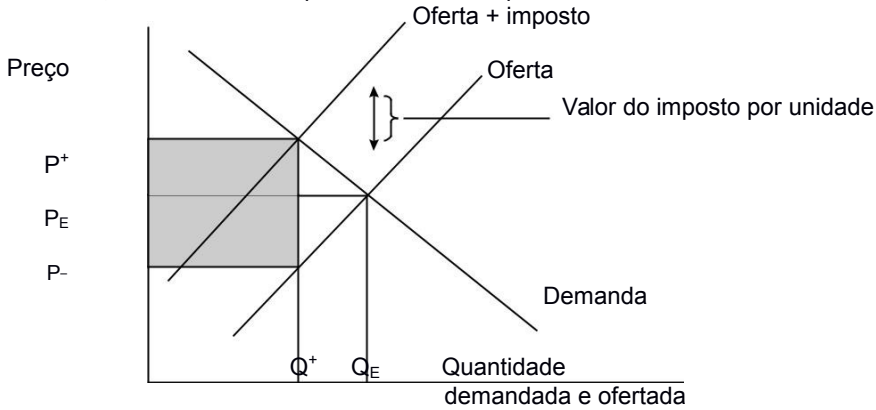
Gráfico I, 3.7 – Convergência no ponto de equilíbrio

c. Intervenções nos preços

334 A análise da interação entre oferta e demanda servirá, especialmente, para compreender o efeito de certas intervenções no funcionamento de mer-cados. Considere-se a imposição de tributo sobre cada unidade vendida. Para simplificar, presuma-se que se trate de um valor fixo por unidade vendida. No gráfico, o imposto é representado por uma nova curva de oferta, paralela à outra, mas superior (mais acima). O Gráfico I, 3.8 permite constatar o efeito do imposto: aumento do preço proposto aos consumidores, redução da quan-tidade vendida.

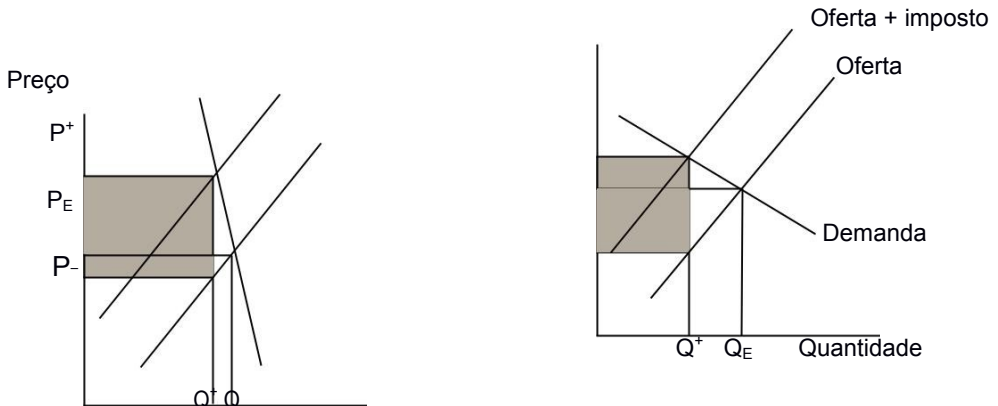
335 O retângulo marcado representa a soma total do imposto. Em relação ao preço de equilíbrio, o que os consumidores veem e o que os fornecedores re-cebem parece, de longe, igual ao preço P_E. A repartição depende da inclinação das curvas. Uma curva de demanda mais vertical indicará que os consumi-dores, mesmo diante de aumento importante do preço, não diminuirão, de forma relevante, a quantidade demandada. Este será, provavelmente, o caso de bens de primeira necessidade.

336 Inversamente, uma curva muito plana (pouco inclinada) indica que os consumidores, rapidamente, mudariam suas intenções de compra diante de mudança de preço. Seria o caso de produtos de luxo.

15. Smith [1776]/1937, 423 (Livro 4, c. 2); Smith [1790]/1982, 184 (Parte IV, c. II).

Gráfico I, 3.8 – Efeito de imposto de valor fixo por unidade

337 Os economistas testaram a ideia por meio do conceito de *elasticidade.* A demanda é dita elástica num dado ponto se o aumento de 1% do preço leva a uma diminuição de mais de 1% da quantidade demandada, e inelástica se a redução for menor do que 1% da quantidade demandada.

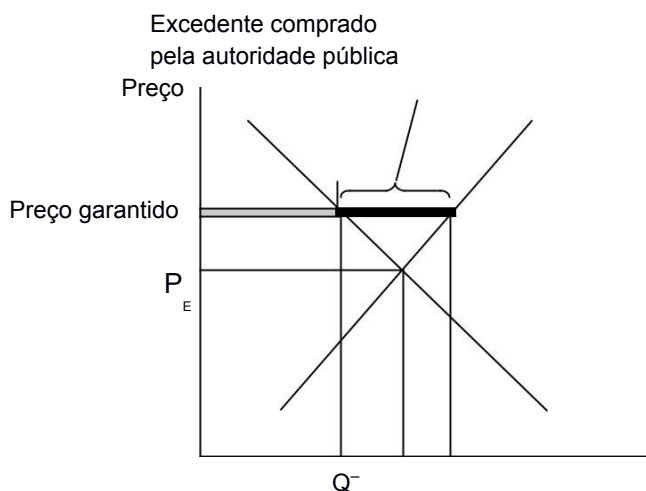
338 O Gráfico I, 3.9 mostra que um imposto tem efeitos diferentes segundo seu objeto seja um bem de primeira necessidade, sem bom substituto (de-manda inelástica), ou um produto de luxo (demanda elástica). O imposto sobre o produto de luxo diminui bastante a quantidade vendida, mas não aumenta, da mesma forma, o preço do bem (imposto incluso). Para produtos de primeira necessidade, ao contrário, o preço aumenta com a agregação do valor do imposto, mas a quantidade vendida cai pouco.

Gráfico I, 3.9 – Efeito de um imposto de valor fixo por unidade para demanda elástica e inelástica

(i) Demanda inelástica

(ii) Demanda elástica

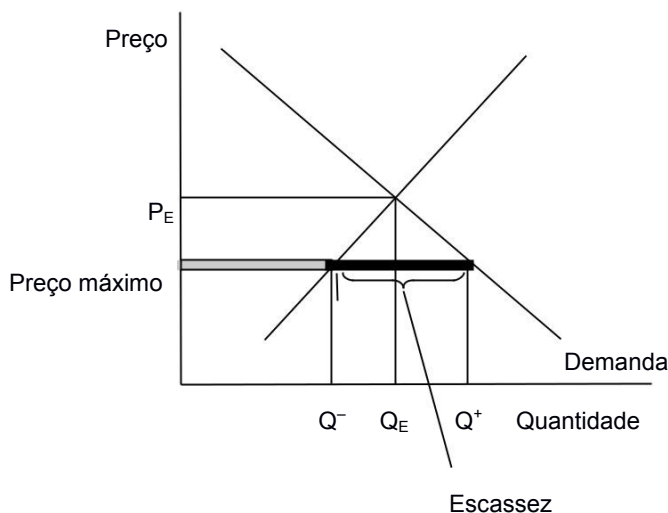
339 De forma análoga, podemos mostrar o efeito de três outros tipos de inter-venção no mercado: preço mínimo, preço máximo e cota. No que tange a *preço mínimo*, trata-se de promessa de autoridades públicas de garantir e manter um preço (fazer os ofertantes respeitarem esse preço) e comprar os excedentes do produto que, oferecidos ao mercado, ensejariam redução do preço mínimo. Encontram-se exemplos no campo da agricultura. O salário-mínimo é, tam-bém, uma forma de preço mínimo.

340 Garantir um preço mínimo quer dizer mantê-lo abaixo do nível que seria alcançado se flutuasse livremente no mercado. O Gráfico I, 3.10 mostra como tal intervenção aparece.

Gráfico I, 3.10 – Efeito de preço garantido (mínimo)

341 Dado que o preço será mais alto do que seria de outra forma, os consu-midores consomem apenas Q^{-} ao invés de Q_E. A autoridade pública compra, ao preço garantido, a quantidade (Q^{+} – Q_{-}). E não pode oferecer esse "adicio-nal" no mercado comum. É que, ao vendê-lo, faria o preço cair abaixo de P_E. Doando o excedente comprado, estimula os consumidores, que preveem esse benefício, a deixarem de comprar o produto ao preço garantido, o que agrava o problema. É preciso, pois, escoar o bem em outro local, fazendo, por exem-plo, doações para países em desenvolvimento. Isso não deixará de provocar, em tais países, problemas análogos. Se o produto for doado aos consumidores desses países, os produtores locais sofrem concorrência desleal e podem se retirar do mercado. Se for oferecido a preço mais elevado, alguns auferirão vantagens, mas a doação não perfará seu escopo humanitário.

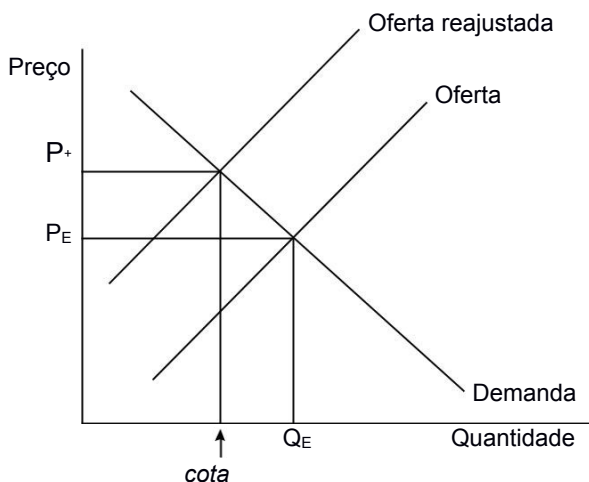
342 Fenômeno oposto é conhecido como *preço máximo*. A intervenção se jus-tifica pelo fato de certos bens deverem estar disponíveis a preço acessível a todos. O controle do aluguel de imóveis é uma forma bem conhecida dessa

prática. O preço máximo fica, evidentemente, abaixo dos preços que seriam praticados no mercado sem tal intervenção (Gráfico I, 3.11).

Gráfico I, 3.11 – Efeito de preço máximo (*plafond*)

343 Nesse diagrama, Q– representa a quantidade ofertada ao preço máximo permitido. Q^+ a quantidade que os consumidores estariam dispostos a adqui-rir a esse preço. A diferença constitui escassez. Claro, as coisas não perma-necem assim. Em matéria de aluguel, por exemplo, a escassez da oferta de imóveis para locação significaria que as pessoas deveriam dormir na rua. Os proprietários tentarão poupar com as despesas de manutenção (o que pode ter como efeito deslocar a curva da oferta para a direita), o que levaria, a médio prazo, à baixa na qualidade dos estoques de imóveis disponíveis para locação. Ou se exigiria algum valor a título de entrega da chave (*un pas-de-porte lors de la location*), que seria equivalente a um aumento indireto ou disfarça-do do aluguel. Ou, de outra forma, como dificilmente novas unidades serão edificadas, a autoridade pública ver-se-á forçada a instituir programas de sub-venção (interessante fonte de paternalismo político!). Essas medidas levarão ao desaparecimento dos efeitos previsíveis de recurso ao preço máximo. Re-manescem, nada obstante, os efeitos indiretos que se podem observar. No caso do controle dos aluguéis, torna-se menos interessante para os locatários mudarem, dada a dificuldade de encontrar novo local pelo mesmo preço. Os locatários dos grandes imóveis terão menor tendência a mudar para abrir es-paço a jovens casais que iniciam família. Haverá redução da mobilidade e uso crescente dos meios de transporte em relação à situação que existiria sem a intervenção. Tais efeitos se prestam a comprovações empíricas.[16]

16. Baird 1980; Block/Olssen 1981; Gwartney/Stroup 1992, 72-73.

344 O terceiro tipo de intervenção aparece sob a forma de cota. Foi praticado entre outros, mas sob nome diferente, por um governo norte-americano que levou os fabricantes de automóveis japoneses a se autoimporem, voluntaria-mente, restrições à exportação de veículos para os Estados Unidos da Améri-ca. Essa intervenção é adotada para, diz-se, proteger a indústria nacional, que, nascente, não poderá, ainda, fazer frente à concorrência ou, quando já bem estabelecida, precisar de tempo para se reestruturar a fim de não ser destruída pela concorrência. A cota impede os fornecedores de oferecerem o produto acima de certo número de unidades, menos do que fariam sem a intervenção (Gráfico I, 3.12).

Gráfico I, 3.12 – Efeito de uma cota

345 A cota impede os fornecedores de satisfazerem a todos os clientes inte-ressados em adquirir seu produto ao preço que praticariam sem intervenção. Pela quantidade que são autorizados a oferecer, podem ter grupo mais restrito de clientes, mas que estarão dispostos a pagar mais caro. Os fornecedores te-rão, pois, tendência a reajustar a oferta de modo a atingir essa clientela mais rica. A cota estimularia os fornecedores a oferecer produtos mais luxuosos conquanto mais caros. No caso dos fabricantes de automóveis japoneses, esse efeito não demorou a se manifestar. Pode-se indagar se a cota serviu à indús-tria norte-americana: atiçou a concorrência no mercado de veículos de luxo, que, até então, os fabricantes norte-americanos dominavam.

345a. Nota da tradutora Comum ouvir-se que alguns consumidores serão tentados a adquirir esses bens para ostentar, aceitando pagar preços mais elevados, embora o(s) bem (bens) tenha(m) substituto(s) adequado(s) para atender à mesma finalidade. Nesses casos, o efeito cota pode ser ainda mais

perverso ao deslocar parcela do consumo para bens voluptuários, sem que isso beneficie a indústria nacional.

Note-se que o sistema de cotas vigente no Brasil, no que diz respeito à educação, agora a acesso a cargos públicos por concurso, similar, em algu-ma medida, à limitação de concorrência, embora tenha motivação nobre, se afastar a meritocracia, poderá gerar distorções de todo indesejáveis que, no limite, prejudicarão a sociedade.

346 A cota tem, atualmente, sido utilizada no que se refere à pesca. Pescado-res de diferentes países devem respeitar certa quantidade máxima de peixes de determinadas espécies que podem pescar. Tais cotas, tal como acima se discutiu, aumentariam os preços em relação ao que, de outra forma, atingi-riam se a pesca fosse liberada. Observa-se que não se trata, como no Brasil, de período de defeso, nada obstante este também vise à preservação de espécies e à fruição sustentável de recursos naturais.

347 Há que compreender que, nesse caso, a origem do problema é diferente. Os peixes de alto-mar não são facilmente pescados mediante a determinação de direitos de exclusividade sobre o bem. Resultado dessa falta de precisão, de limites, é que qualquer pescador não tem interesse em restringir a quan-tidade do que pescar visando a preservar o estoque de peixes: o que ele não pescar será pescado pelos demais, os outros pescadores. Portanto, se todos se pautarem por essa regra o resultado levará, rapidamente, à ruína coletiva. Os pescadores vêr-se-ão diante de um dilema do prisioneiro com numerosos jogadores. As cotas são adotadas na esperança de sair de tal dilema ruinoso. A cota, nesses casos, não é senão técnica imperfeita – e há outras – para espan-car a escassez de peixes na impossibilidade de fixação de direitos de proprie-dade viáveis.

347a. Nota da tradutora Lembra-se, a propósito, o aumento do mar terri-torial pelo governo brasileiro, no século passado, visando a restringir a pesca de lagostas na costa brasileira por barcos estrangeiros.

Seção 2

A concorrência

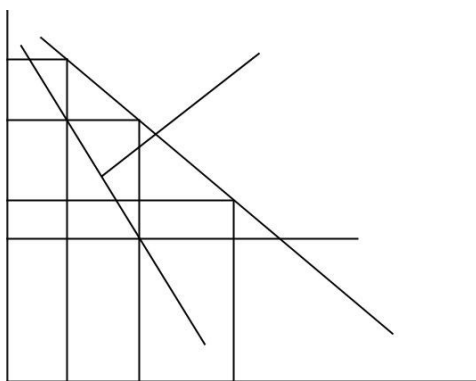
1. O MONOPÓLIO

348 A análise precedente indicou o ponto de equilíbrio em direção ao qual, na ausência de intervenções e perturbações de seus planos por choques ex-ternos ou inovações, os participantes do mercado orientarão suas decisões. Presume-se, implicitamente, que os ofertantes concorrerão entre si e que os

demandantes também agirão dessa forma para obter os bens e serviços ofer-tados, como se comprova no caso de leilões. É interessante indagar como al-guém reagiria se fosse o único ofertante de um dado produto: o monopolista.

a. A busca do lucro máximo

349 Sendo único no seu mercado, o monopolista pode se permitir oferecer seu produto ao maior preço, uma vez que nenhum concorrente pode desviar clien-tes ao oferecer o bem por preço melhor ou inferior. Nada obstante, porém, o monopolista estar sujeito à limitação da capacidade produtiva e de os clientes se disporem a pagar o preço por ele cobrado. À medida que aumenta o preço, o monopolista perde clientes, mesmo que receba valores mais elevados daqueles que permanecem fiéis. O que fará, pois, o monopolista hipotético?

350 A representação gráfica da situação (Gráfico I, 3.13) ajuda a compreen-der. O monopolista não depara com preço resultante da interação de certo número de atores, mas fixa o preço do bem ou serviço. Para simplificar a ex-plicação presumir-se-á que, para as quantidades do produto para as quais ha-veria interessados, pode produzi-las e, portanto, oferecê-las, a custo unitário constante. No gráfico, a oferta é a linha horizontal. A demanda é representada na forma habitual.

351 Objetivo do monopolista é obter, em todos os sentidos, o maior lucro gerado pela sua posição no mercado. Suponha-se que considere fixar o preço em nível bastante alto, P_1. Cada unidade vendida gera lucro considerável, P_1 menos o custo O, mas poucas são as unidades vendidas, a saber Q_1. Porém, se fixar o preço em P_2, seu lucro por

unidade é alterado e o número de unidades vendidas será grande, de modo que o lucro total ficará mais interessante.

352 Qual é o preço que gera o maior lucro total? Para determiná-lo, comece-mos com o preço P_1. Cada unidade vendida a esse preço dá ao monopolista a receita P_1. A curva da demanda para o monopolista é, nesse caso, a curva da receita média (por unidade). Suponha-se que o monopolista reduza o preço apenas para vender uma unidade adicional de seu produto. Evidentemente, todas as unidades vendidas na situação anterior geravam receita um pouco menor do que nesta nova situação, pois agora ele tem uma receita adicional gerada pela nova unidade vendida. Pode-se, então, determinar o efeito líquido dessa mudança que denominaremos receita *marginal.* Para todos os pontos da curva de demanda, que é também a curva da receita média do monopolista, pode-se determinar a receita marginal e, ao ligar os pontos, traçar a curva. Ela se fica a meio caminho entre a curva de demanda e o eixo vertical.[17]

353 Possível fazer o mesmo em relação aos custos. Uma vez que se presumiu que o custo unitário de produção era constante, o custo de uma unidade adi-cional é igual ao custo médio. A curva do custo médio coincide com a do custo marginal.

354 Com o auxílio das duas curvas, pode-se determinar o ponto ótimo para o monopolista. A partir do preço P_1 ele reduzirá seu preço e aumentará a quan-tidade vendida enquanto a receita marginal for maior do que o custo margi-nal; em outras palavras, enquanto a unidade adicional vendida acrescer ao resultado, ao lucro total. O ponto ótimo está na intersecção das duas curvas marginais. O preço será, então, P_M e a quantidade vendida Q_M.

b. Efeitos do monopólio

355 Eventualmente, e no mesmo mercado, pode surgir um concorrente ofere-cendo o produto a preço inferior, pois, na medida em que o preço ultrapasse a linha horizontal da oferta, os custos são recuperados. Se isso ocorrer, o monopolista perderá clientes. Ele, de seu lado, responderá reduzindo o preço, o que levará à reação do, ou dos concorrentes. O processo continuará até que o preço chegue ao custo médio. Nessa situação cada um tem seus encargos (ônus), todos os fatores da produção, aí incluídos os administrativos e o ca-pital investido, são adequadamente remunerados, o que permite manter a atividade. Abaixo desse preço haverá perdas e, como consequência, em perío do mais ou menos longo, a opção será sair do mercado ou declarar falência. (Forma de saída do mercado daquele fornecedor)

356 A análise da situação do monopolista permite apreciar melhor sua po-sição. Ao vender pelo preço O, os custos são compensados. Os fatores da produção são devidamente remunerados, permitindo manter a atividade.

17. Matematicamente, isso resulta do fato de a curva da receita média ser representada aqui por uma reta. A partir dela, pode-se determinar uma curva de receita total l (o produto do preço e da quantidade vendida). A curva da receita marginal é a derivada primeira da curva da receita global.

A diferença entre o preço praticado e o preço O é uma "renda", um lucro "maior" resultante do monopólio.

357 O Gráfico I, 3.14 mostra a comparação entre a hipótese do monopolista hipotético e a de haver concorrência. No caso da concorrência o preço tende-ria a se estabilizar em P_C. A curva da demanda indica que qualquer dos adqui-rentes estaria disposto a pagar mais do que esse preço para obter o produto. A amplitude do "prêmio" varia segundo os adquirentes: é a distância entre a linha horizontal Pc e a curva da demanda. Ao adquirirem ao preço P_C, todos os adquirentes teriam um ganho. A soma desses ganhos (assim os triângulos 1 e 3, bem como o retângulo 2) é o "excedente dos consumidores".

Gráfico I, 3.14 – A renda do monopolista

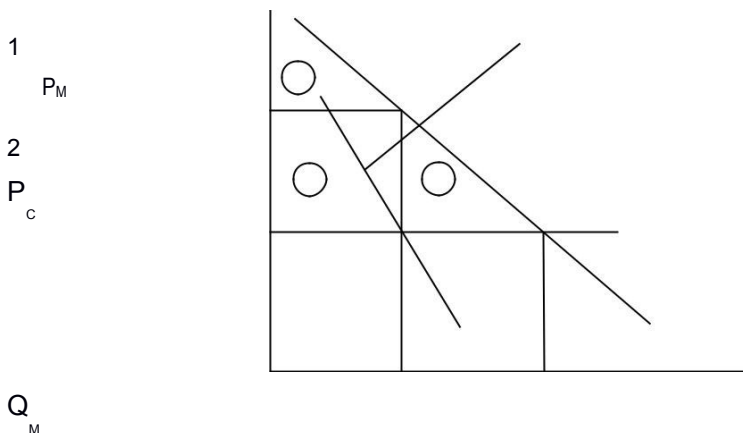
Preço

1

P_M

2

P_C

Q_M

358 Em face do monopolista, os consumidores, cujos adicionais se situam no triângulo 3, desaparecem do mercado: não dispõem de meios (recursos) para adquirir o bem. Por isso, outros o adquirem a P_M. Resta-lhes o adicional indicado pelo triângulo 1. A parte de seus excedentes representada pelo re-tângulo 2, nesse caso, fica com o monopolista.

359 O monopólio provoca transferência de riqueza dos consumidores para o monopolista. Gera, ainda, perda para os consumidores, pois a diferença entre as quantidades Q_C e Q_M jamais é ofertada, logo ninguém a consome.

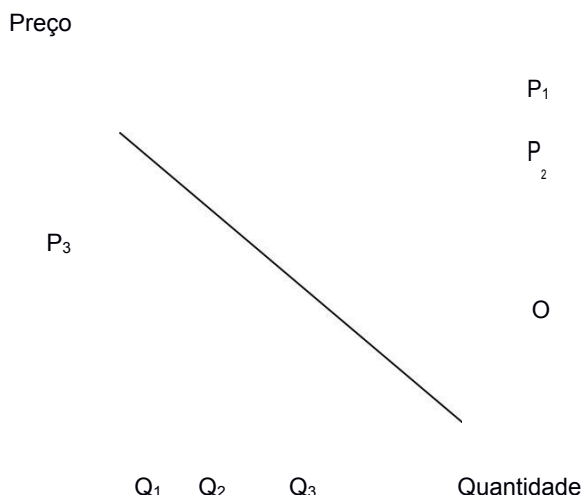
c. A discriminação de preços[18]

360 Explicou-se, até aqui, que o monopolista vende (oferta) a todos os clien-tes pelo mesmo preço. Suponha-se possa propor preços diferentes a grupos de clientes. Isso leva ao seguinte raciocínio. No Gráfico I, 3.14, o monopolista fixa o preço em P_M e não vende mais do que a quantidade Q_M, pois, ao reduzir

18. Gwartney/Stroup 1992, 510-513; Friedman 1986, 222-230

o preço e vender mais, não obtém compensação entre a perda por unidade e o maior número de unidades vendidas.

361 Mas, indaga-se, poderia atender à clientela existente em P_M, e oferecer o mesmo produto a preço inferior a clientes que, atualmente, não constam de sua carteira? Aumentaria o lucro atendendo a mais clientes, o que diminuiria a perda apontada acima. O Gráfico I, 3.15 evidencia a discriminação de preços em três componentes.

Gráfico I, 3.15 – A discriminação de preços

362 A discriminação de preços pressupõe que o fornecedor possa separar, dis-tinguir, grupos de clientes com diferentes preferências quanto a seu produto e impeça que o adquiram a preço inferior e o revendam a outros interessados (clientes) que o adquiririam pelo preço mais elevado. Esse fenômeno é de-nominado, pelos economistas, de *arbitragem*. É particularmente evidente nos mercados financeiros: se os preços dos ativos, ou custos de operação, variam de uma bolsa para outra, viável obter ganhos com a arbitragem. A arbitragem produz importante efeito que é difundir, o mais rapidamente possível, a in-formação sobre o valor comercial de bens e uniformizar o preço praticado em diversas praças.

363 A discriminação de preços é praticada em relação a bens ou serviços quando possível impedir a arbitragem ou, ainda, em relação a bens que a ela não se prestam. É o caso, por exemplo, de bens de consumo instantâneo. Muitos bens e serviços são ofertados com fórmulas que discriminam: assim, por exemplo, dependendo da idade (caso de jovens e idosos no transporte co-letivo, hotéis e cinemas e outras formas de diversão e serviços); em relação ao estatuto (tarifas especiais em hotéis para viagens de trabalho);

ao momento em que se contrata ou consome (preço de estacionamento para quem chega cedo, ingresso de cinema com desconto à tarde ou em certos dias da semana; a local (gasolina adquirida em Québec, próximo da fronteira norte-americana,

é mais barata do que em outros locais do Canadá); ou, ainda, de outros fa-tores (bilhete aéreo de ida e volta na rota Paris-Amsterdã, cujo preço varia conforme seja adquirido na Europa ou na América do Norte, ou combinando ida de avião e volta de navio). Até no que tange à leitura, livros, visto que, quem desejar ler um romance no lançamento pagará, pelo volume, o preço cheio; quem se dispuser a esperar para adquiri-lo meses depois, em formato de livro de bolso, pagará preço inferior; quem não tiver pressa poderá adqui-rir o livro dois anos depois em saldos ou quiosques e, também, pagará preço menor. Esse sistema vale para os que desejam assistir a um filme no cinema, no lançamento, em contraste com os que se dispõem a assisti-lo mais tarde, em vídeo. As linhas aéreas oferecem descontos consideráveis aos que fazem reservas com antecedência, sem possibilidade de alterá-las, em comparação com viajantes de negócios que desejam reservas flexíveis. A tarifa de eletrici-dade, ou de chamadas telefônicas, varia segundo os dias e horas e conforme seja linha residencial ou comercial.

364 O último exemplo mostra que a discriminação de preços não se limita ao mercado monopolista. Todo mercado tem espaço para arbitragem e a ela se presta. A análise proposta aplica-se também a mercados concorrenciais. Os fornecedores tentam estabelecer o preço para cada segmento de sua clientela, tal como o monopolista hipotético faria. Os clientes cuja demanda seja mui-to elástica (porque aceitam, facilmente, alternativas, e até mesmo chegam à abstenção) são alvo de preços menos elevados do que os outros, o que, sem dúvida, explica a prática generalizada de tarifas especiais para os jovens.

2. A CONCORRÊNCIA COMO PROCESSO DE DESCOBERTA

a. Monopólio e concorrência: abordagem tradicional

365 O monopólio é, para o fornecedor, posição invejável. Tendo controle so-bre o preço praticado e a quantidade do produto negociada no mercado, pode buscar rendas inacessíveis aos que operam em regime de concorrência, aquele em que há muitos fornecedores de produtos similares. Claro, são os consu-midores que suportam o ônus: alguns serão excluídos do mercado ao qual, por hipótese, teriam acesso em situação de concorrência; outros pagam mais caro pelo produto em questão e transferem, dessa forma, uma parte de seu excedente de consumidor ao fornecedor.

366 Essas considerações explicam por que o monopólio é danoso. Desejaría mos impedir sua existência e, para tanto, são elaboradas leis. Nem sempre é fácil distinguir entre monopólio e mercado concorrencial. Considerando as análises apresentadas acima, tomadas como descrição de equilíbrios encon-trados em mercados reais e, na ausência de perturbações, pode-se pensar que

o nível de lucro permitiria distinguir o monopólio do mercado concorrencial. Ora, diante dos fatos, não há nada que, pelas razões explicadas de forma mais detalhada adiante, permita fazê-lo: ou bem a ameaça de concorrência limita os lucros que os monopolistas ousam buscar, ou bem seus lucros são dissipados nas empreitadas necessárias para assegurar, junto às instâncias políticas, a proteção do monopólio que será exercido por força de lei.

367 Pensou-se considerar como índice de monopólio a parcela do mercado de uma empresa. Um mercado concorrencial seria caracterizado pela presença de numerosos ofertantes. Se a parcela de uma empresa no mercado for muito im-portante, se essa empresa ocupar "posição dominante", pode-se concluir que, nessa situação, há um quase monopólio e suspeitar-se de manobras visando a atingi-lo. Imagina-se, por isso, justificada a intervenção do Estado para impe-dir que a empresa em questão, cujas manobras terão como resultado reforçar sua posição (por exemplo, fusão com outra do mesmo setor ou alguma forma de controle), determine que se desfaça (*divest*) de alguma(s) atividade(s), de forma a serem criadas empresas menores mas independentes. Foi assim que, em certos quadros de desregulação das telecomunicações nos Estados Unidos da América, se determinou que a AT&T se desfizesse de companhias telefô-nicas regionais, as "*Baby Bells*". Nos anos 1990, a questão se pôs a propósito da fusão entre os fabricantes de aviões Boeing e McDonnell Douglas, que, finalmente, foi aprovada. Em 1997, o Ministério da Justiça norte-americano intentou ação contra a Microsoft em virtude de a empresa ter chegado à po-sição de monopólio graças à integração do navegador Internet Explorer ao sistema Windows.[19]

368 A primeira dificuldade dessa discussão está em determinar as fronteiras do mercado em questão. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América se manifestou com clareza no caso Du Pont,[20] acusada que foi de monopolizar o mercado **de** celofane, vez que produzia 75% do consumo norte-americano. Qual o mercado pertinente? Dever-se-ia considerar o mercado estreito, **de** celofane, ou o mais amplo, de material flexível para embalagem? Nesta últi-ma hipótese a parte da du Pont não superava 20%, bem abaixo de qualquer disputa. A Corte aceitou a última tese, diante de indicações de que se o preço **do** celofane baixasse, os consumidores substituiriam outros produtos de em-balagem pelo celofane e vice-versa (negritos no original).

19. O caso foi decidido em primeira instância pela condenação da Microsoft por práticas monopo-listas: *U.S. v. Microsoft Corp.*, 84 F.Supp.2d 9 (D.D.C., 1999) (5 nov. 99) (julgamento interino sobre os fatos) et 87 F.Supp.2d 30 (D.D.C., 2000) (3 de abril 2000) (julgamento final). A autorização de apelar diretamente à Suprema Corte dos Estados Unidos foi recusada em 26 de setembro de 2000: *Microsoft Corp. v. U.S.*, 2000 WL 1052937 (U.S., 2001). Sobre esse caso, ler Liebowitz/Margolis 1999.

20. *U.S.* v. *E.I. du Pont de Nemours*, (1956) 351 U.S. 377, 76 S.Ct. 994 (1956) realça justamente essa questão. Du Pont foi acusada de monopolizar o mercado de celofane, em que produzia 75% do con-sumo americano. Mas a du Pont não fornecia mais do que 20% de material de embalagem flexível. Qual era o mercado pertinente?

b. Concepção dinâmica da concorrência

369 Há, pois, objeção fundamental quanto à análise da intensidade da con-corrência no mercado. Ocorre que isso não se presta a definir a real nature-za da concorrência. A representação do funcionamento do mercado, abaixo,

proposta pela escola econômica neoclássica,[21] reflete a concepção estática da concorrência: em face de numerosos fornecedores que oferecem um produto relativamente homogêneo a uma clientela numerosa e bem informada, se-gundo a qual o preço tende a se estabelecer no equilíbrio (Gráfico I, 3.6). O

desenvolvimento do Ocidente[22] é, portanto, devido não aos equilíbrios, mas, especialmente, às inovações de produtos e sua oferta em mercado, que pertur-baram os equilíbrios estabelecidos ou em vias de formação. Para melhor com-preender o fenômeno, convém adotar concepção dinâmica de concorrência.[23]

370 O que se dá quando há inovação? O inovador propõe novo produto a uma clientela até então fiel a produto tradicional. Deve convencer os consumidores de que, pelo preço proposto, o produto, com características particulares, pode substituir, com vantagem, aqueles tradicionais e disponíveis. Se o produto for, efetivamente, melhor, alguns consumidores alterarão, imediatamente, sua escolha; outros aguardarão que a nova fórmula seja aprovada para, então, mudarem. Os fornecedores de produtos mais tradicionais perderão clientela e lucros. Decorrido algum tempo, seguirão o exemplo do inovador e oferecerão, também, a nova fórmula, ou, de sua parte, envidarão a busca por inovação, proporão produto novo cuja atração supere, desde logo, a do produto inova-dor. E assim sucessivamente.

371 A inovação é, por inúmeras razões, custosa. É preciso desenvolver aper-feiçoamentos técnicos e fazer testes para assegurar a viabilidade do novo pro-duto. É preciso atrair a atenção dos consumidores para esse novo produto. O inovador pode se enganar a respeito da atração que seu produto terá so-bre os consumidores e, além disso, incorre em custos. O empreendedor que, com sucesso, enfrenta todas essas dificuldades imagina ter o direito de obter

21. A Escola neoclássica em economia começa nos anos 1870, com os trabalhos de Carl Menger, de Stanley Jevons e de Léon Walras, que fizeram a revolução marginalista, ao introduzirem na análise econômica as noções de custo marginal e de receita marginal. A Escola encontra seu reconhecimento nos trabalhos de Paul Samuelson em 1947 (Samuelson [1947]/1967) e de Arrow/Debreu 1954, que mostram que, em um mundo no qual notadamente todos os bens são apropriáveis e negociáveis, os mercados evoluem para um equilíbrio que é ao mesmo tempo um ótimo de Pareto. Para crítica recente da "ilusão" de Samuelson, ver McCloskey 1997,63-96. Empregamos o termo "neoclássico" para marcar o contraste com os economistas clássicos, entre os quais figuram notadamente Adam Smith, Jean-Baptiste Say, David Ricardo, Thomas Mathus, John Stuart Mill et Karl Marx.

22. Ver Baechler 1995; Rosenberg/Birdzell 1986.

23. Essa concepção é preconizada por Joseph Schumpeter e pela escola austríaca na qual se incluem, notadamente Carl Menger, Eugen Böhm-Bawerk, Ludwig von Mises, Friedrich Hayek, e atualmente, nos Estados Unidos da América, Israel Kirzner.

remuneração superior à normal. Como serão financiados (ou compensados) seus custos?

372 Assim que o inovador atinge seu escopo, quando o produto agrada aos consumidores, será, por certo tempo, o único a oferecê-lo. Ocupa um "nicho" de mercado em que pode se comportar como monopolista e, dessa forma, obter lucros excepcionais. Sua posição privilegiada é, entretanto, precária. O só fato de auferir lucros excepcionais atrai concorrentes para seu nicho, o que faz deslanchar uma tendência à redução dos lucros como descrito acima. O monopólio temporário tem a peculiaridade de ser, a todo momento, *contestável* pela entrada de concorrentes. Pode-se até dizer que a ameaça de entrada no mercado é a força que inibe o inovador monopolista: quanto mais guloso for, mais rapidamente os concorrentes se sentem estimulados a competir. Se limi-tar a remuneração ao mínimo necessário para operar com a inovação, levando em conta o risco e o custo de começar, eventuais concorrentes estarão menos tentados a contestar a situação.

373 O processo de concorrência descrito tem como incentivo a apropriação do lucro pela pessoa que adivinhar, corretamente, a possibilidade de lançar um novo produto, uma nova forma de fazer. A amplitude do lucro determina os riscos que eventuais empresários aceitam correr. O mercado capitalista convi-da os participantes a desenvolverem o sentido de alerta (*alertnes* segundo ter-
mo proposto por Kirzner)[24] para detectar possibilidades de oferecer um novo produto, ou, para o consumidor, de se aprovisionar em outro local.[25] Isso pres-supõe que se preste atenção aos preços usualmente praticados para diferentes produtos, suas características etc. E que, diante de situações inexploradas, que sejam percebidas, se saiba aproveitá-las agindo com empreendedorismo.

374 O escopo visado pelos atos de empreendedorismo é consumar possibili-dades que não eram aparentes para outros participantes do mercado, ou que lhes pareceram pouco promissoras. O ato de empreender cria um ganho *ex nihilo,* gera nova riqueza. É, pois, carregado de radical incerteza: o risco to-mado pelo empresário não é do tipo de uma loteria em que se conhecem as probabilidades de ganho. Os riscos, no caso, resultam da análise de grande número de eventos, e podem ser determinados com precisão, ao menos me-didos por expectâncias matemáticas, como o demonstram as companhias de seguro. O termo *incerteza* – em oposição a *risco* – indica que tais parâmetros não estão disponíveis para guiar o empresário que considera uma possibilida-de de inovação.[26]

24. Por exemplo, Kirzner 1973, 1997.

25. Para que a concorrência funcione, não é necessário que todos os consumidores estejam constan-temente prontos a mudar. Basta que um grupo reduzido entre eles – 10 a 15% – o faça. Schwartz/ Wilde 1979.

26. O termo é empregado pela primeira vez neste sentido preciso em Knight [1921]/1971.

375 Concorrência é processo contínuo no qual os empresários, mediante re-curso a uma gama infinita de estratégias, entre as quais preços, serviços, ino-vações em matéria de produção, de gestão e de oferta ao mercado, procuram e tentam, em seu benefício, realizar combinações de clientes e produtos que lhes deem vantagens sobre outros empresários que os clientes percebem como concorrentes. O processo de concorrência faz emergirem possibilidades até en-tão ignoradas. A introdução de inovações, e sua aceitação pelos consumidores, **permitem** descobrir o que estes, os últimos, procuram e o que os fornecedores podem lhes oferecer ao preço que sejam capazes de pagar. Não se trata de sim-ples declarações de intenção, mas de possibilidades realistas. É a esta realidade que alude Hayek ao qualificar a concorrência de *procedimento de descobertas*.[27]

376 O processo de concorrência é uma *destruição criativa,* conforme a célebre expressão de Schumpeter.[28] A introdução contínua de inovações pelos empre-sários amplia as fronteiras do que é acessível aos seres humanos. Gera a ob-solescência, por razões técnicas, de bens que são superados por outros mais recentes. Tal mudança se traduz, imediatamente, no preço do computador Macintosh, no qual estas linhas são escritas e foi adquirido por $ 4.000,00, há quatro anos e, hoje, não vale mais do que $ 500,00, mesmo funcionando de forma impecável. O mesmo se dá com talentos. A atividade de gráficos especializados em formatar páginas para impressão com tipos de chumbo de-sapareceu, superada que foi pela formatação no computador. Uma geração antes, os que tinham desenvolvido a arte de enrolar charutos a mão foram superados pela chegada das máquinas que podiam fabricar, em uma hora, o mesmo número de charutos que uma equipe de 15 especialistas enrolava, a mão, em uma semana. O processo capitalista, em consequência da destruição criativa sobre a qual se apoia, não pode garantir a ninguém situação estável indefinidamente. A segurança, em um sistema capitalista, vem da capacidade de se adaptar, de agarrar novas possibilidades. Com os ganhos incontestáveis, o capitalismo contribui para as angústias e ameaças aos costumes, aos modos de fazer e às instituições estabelecidas. Alguns creem que tal tensão **termina por minar** a própria base do capitalismo.[29]

c. Concepção dinâmica e direito da concorrência

377 A concepção dinâmica da concorrência tem consequências importan-tes para o papel do Estado na sua manutenção, quer dizer, para o direito da concorrência (*anti-trust Law* na designação norte-americana).[30] Na concepção

27. Hayek 1968, 1984; Kirzner 1997, c. 4.

28. Schumpeter 1950, 21 (c. III).

29. Por exemplo, Gray 1996; Barber 1996.

30. Direito objeto de um debate incessante nos Estados Unidos da América. Ver Duxbury 1995, 343-364.

dinâmica o fator essencial que garante a concorrência é a possibilidade de um empresário entrar no mercado para competir com os que lá estão. As fron-teiras do mercado não são, nessa concepção dinâmica, determinadas uma vez que a liberdade de concorrer tem, para todos, exatamente, o efeito de permitir que os competidores modifiquem os contornos do mercado. É possível que um empresário atinja situação na qual seja o único a oferecer um produto. Essa situação não justifica uma intervenção estatal, porque ou o monopólio é muito lucrativo e, portanto, atrairá competidores e será, então, de curta du-ração, ou todas as despesas são compensadas e eventuais outros empresários avaliam que, no atual estágio do conhecimento, e aos preços praticados, não há espaço para mais do que um fornecedor.

378 E os cartéis? No capítulo sobre jogos mostrou-se que cartéis correm o ris-co de sucumbir às tentações de fraudes dos participantes. São, por natureza, instáveis, exceto se o Estado oferecer suporte para sua manutenção.

378a. Nota da tradutora Essa instabilidade se acentua dada a possibilida-de de, mediante acordos de leniência, estimular-se a delação do acordo por um dos integrantes do cartel. Isso permite, de forma bastante eficaz, punir os demais. Os acordos de leniência podem ser considerados estímulo a quem, para escapar da punição, delata os demais. Assemelham-se a jogos que, se eram cooperativos, em virtude de mudança de *pay off* tornam-se jogos não cooperativos. Mais, na medida em que participantes de cartéis sejam punidos, impedidos de participar de concorrências públicas, por exemplo, de supor-se que a organização dessa forma de divisão de mercado tenda a ser reduzida.

Há, contudo, cartéis que se perpetuam, o que decorre do fato de um ou alguns dos participantes dispor de poder (não necessariamente força bélica) que torne as traições onerosas para quem as fizer. Exemplo é o cartel do petróleo, que, dominado por produtores de petróleo de boa qualidade, de baixo custo de craqueamento e de extração do solo, impõem preço mediante restrições da oferta. Como demonstrou Aaron Director, havendo um líder, dificilmente os seguidores ousariam agir de forma a questionar suas políticas pelo temor de que isso lhes cause mais danos do que benefícios.

379 Podemos examinar o conjunto de comportamentos proibidos nas leis de concorrência. Afora os casos de fraude em relação a consumidores, o caráter nefasto de práticas que afetam diretamente a concorrência (ex.: preços preda-tórios, *dumping*) não parece fácil de ser demonstrado.[31]

380 A questão do fundamento do direito da concorrência foi objeto de amplo debate nos Estados Unidos da América, notadamente depois da mega-ação contra a IBM iniciada em 1960, finalmente abandonada em 1982.[32] A IBM foi acusada de monopolizar o mercado de computadores, no qual sua participação

31. McChesney/Shughart II 1995; Brenner 1990.

32. Ver Duxbury 1995.

era da ordem de 70%, graças, notadamente, à série 360.[33] Qual era a fonte do sucesso da IBM? Essencialmente ela, IBM, oferecia uma série integrada de computadores que permitia que as empresas adquirissem aparelhos mais eficientes, melhores, continuando a usar a programação anterior sem ter que treinar, novamente, os operadores. Ou seja, a IBM oferecia serviços de pro-gramação e suporte de manutenção de informática como parte integrante de seu produto. A situação vantajosa era resultado de uma estratégia da qual os clientes tiravam proveito e pela qual estavam dispostos a pagar preço mais alto. Impedir, por determinação da corte, a IBM de perseguir essa estratégia de progressão teria tido, como efeito, proteger seus concorrentes que, aos olhos da clientela, eram menos aptos. Portanto, até mesmo uma posição dominante nem sempre indica comportamentos indesejáveis do ponto de vista da concor-rência. Ao contrário, pode ser o coroamento de estratégias muito desejáveis.

381 A sequência de eventos facilita aceitar a concepção dinâmica da concor-rência. A introdução da microinformática alterou o mundo da informática e projetou, nesse cenário, uma empresa, a Microsoft, que não estava sequer en-gajada na produção de máquinas. A IBM, talvez por prudência, exerceu papel relativamente modesto no mercado de microinformática.

382 Além desses exemplos, há, atualmente, estudos sistemáticos que consi-deram nefasta a legislação "*antitrust*" norte-americana.[34] Esses estudos chega-ram à conclusão de que, se há liberdade de entrada no mercado, os cartéis são instáveis e os monopólios (salvo aqueles suportados pelo governo) não são problema importante. O direito da concorrência aparece, então, como forma de regulação econômica da indústria. Os custos dessa regulação são conheci-dos e elevados, e seus benefícios difíceis de demonstrar.

383 Na concepção de concorrência aqui exposta só há monopólios duradouros se sua existência é garantida por lei.[35] Frequente que o Estado legisle nesse sentido quando a indústria em questão constitui monopólio natural.[36] O mo-nopólio natural tem uma particularidade, os custos médios de produção são decrescentes, mesmo quando se considera como escala o conjunto do mercado. Um único fornecedor pode servir a todo o mercado a custo menor do que dois. Admitir muitos fornecedores constituirá, então, desperdício. Esse o argumen-to para justificar a constituição de monopólios legais nos campos da telefonia (PTT, empresas Bell e AT&T), na distribuição de televisão a cabo, nos serviços de eletricidade, de gás, de água e esgoto. A existência do monopólio natural é

33. Ver Fischer et al. 1983; Rubin 1995, 53-54.

34. McChesney/Shughart II 1995; também DiLorenzo 1985; Shughart/Tollison 1985; Brenner 1987.

35. Para um sobrevoo dos múltiplos métodos pelos quais o governo cria monópolios ou restringe a concorrência, ler Rothbard 1977, 37-82.

36. Posner 1999a.

invocada para justificar que o serviço seja fornecido para uma região determi-nada, ou para regulamentar a indústria privada que o fornece.[37]

384 Com a desregulação das telecomunicações nos Estados Unidos da Amé-rica, no fim dos anos 1970, as restrições técnicas que pareciam justificar o monopólio natural esvaeceram e isto não porque os dados eram imutáveis, mas porque as restrições existiam em função do estágio do avanço técnico. Inovações podem fazer desaparecer os indícios que levam a aceitar o monopó-lio natural.

385 A desregulação das telecomunicações revelou em que medida a regulação anterior havia atrasado a inovação. Na sequência da desregulação a inovação, empurrada pela presença de muitos fornecedores no mercado, foi espetacu-larmente vantajosa para os consumidores: a multiplicação de aparelhos te-lefônicos, de *modens*, serviços acessórios (tratamento da voz, chamadas em espera etc.), fórmulas de serviços para chamadas interurbanas. Com o tele-fone celular, a televisão a cabo e a proposta de produtores de eletricidade de transmitirem mensagens telefônicas em seus cabos, o aumento do monopólio natural, fundado sobre a necessidade de não ter mais do que um só cabeamen-to, parece ter perdido credibilidade mesmo no que diz respeito a chamadas telefônicas locais.

386 No conjunto, a literatura sobre concorrência leva à conclusão de que, para assegurá-la, o papel do direito se limita a garantir a liberdade de entrada nos mercados,[38] o que implicará o desmantelamento das barreiras à entrada erigidas por outras leis.[39]

386a. Nota da tradutora Indaga-se se essa visão dinâmica da concorrên-cia, focada na garantia de liberdade de entrar, permanecer ou sair de mercados convive de forma harmônica com estímulos governamentais, seja sob a forma de empréstimos com taxas de juros subsidiadas, ou de participação de fun-dos de previdência públicos que, nem sempre, levam em conta o fundamento atuarial no que tange a investimentos. Decisões de política econômica, polí-ticas públicas, assemelham-se, nessas circunstâncias, à eventual criação de barreiras à entrada de novos fornecedores em determinados mercados.

3. CUSTO, PREÇO E VALOR

387 A relação entre o preço de um bem, seu valor e seu custo representa um problema para o jurista. Já no direito romano admitia-se a possibilidade de

37. Sobre a experiência britânica de regulação de tais indústrias, recentemente privatizadas, ver: Littlechild 2000.

38. Kirzner 1997, 58-63.

39. A criação de monopólios pela autoridade pública tem longa história: Rosenberg/Birdzell 1986, 136.

rescindir a venda de imóvel alienado por menos do que a metade do preço justo.[40] A ideia se reflete no artigo 1.674 do atual Código Civil Francês, que permite a rescisão da venda de imóvel se o vendedor for lesado por mais de sete doze avos do preço. Carbonnier remonta a ideia do que seja preço justo ligando-a à doutrina dos Pais da Igreja católica, segundo a qual comete-se pe-cado ao não contratar a preço justo. O preço justo traduziria o valor do bem.

388 Como determinar esse valor? Pode-se buscar esse critério no esforço ne-cessário para tanto. A ideia anterior decorria da doutrina oficial dos antigos países socialistas: o custo dos bens é medido pelo trabalho humano investido na sua produção.

388a. Nota da tradutora O Código Civil Brasileiro, nos arts. 486, 487 e 488, prevê regras para a fixação do preço nos contratos de compra e venda. Neste último dispõe que na venda sem fixação de preço ou de critérios para sua determinação, à falta de tabelamento oficial, será aplicado o preço cor-rente nas vendas habituais do vendedor. No parágrafo único remete ao termo médio se tiver havido diversidade de preços. Já o artigo 489 torna nulo o con-trato se couber a uma das partes, a seu arbítrio, fixar o preço.

389 A tese leva a resultados inaceitáveis. Para fixar as ideias, examine-se o caso do Índex Gagnon, célebre em Québec até os anos 1970. O índice dava, para cada decisão judicial no Canadá, e de interesse dos juristas de Québec, a referência exata, e todas as decisões subsequentes que a citassem. A com-pilação era feita a mão, pessoalmente, pelo juiz Gagnon com a ajuda de uma secretária. Chegou o momento em que o juiz desejava passar adiante a atuali-zação de sua obra. Queria se assegurar da sua perenidade, propondo transmi-tir tudo a um fornecedor de informação em Québec. A proposta tinha como elementos principais a promessa do cocontratante de continuar a obra e en-tregar ao juiz os exemplares não vendidos do Índex. Admita-se que se tratasse de 250 exemplares, ao custo unitário – peças e justificativas de apoio – de $ 400,00. A obrigação montaria, então, a $ 100.000,00. No momento em que a proposta foi feita, a demanda pelo Índex não era grande e os avanços da in-formática documental permitiam prever que os computadores, rapidamente, preencheriam o papel desempenhado pelo Índex.

390 Qual seria, então, o valor de 250 exemplares do Índex? Manifestamente não se encontra, na época, tomador ao custo unitário que refletisse as despesas realmente incorridas pelo juiz. O interessado poderia atribuir a esses exempla-res um valor de $ 100.000,00. Tal valor é subjetivo e não envolve terceiros. In-dicaria, demais disso, que não se venderia a coleção a preço inferior. Na medida em que não há tomador (adquirente), a indicação não serve como valor. Admi-tamos, agora, que se faça uma contraproposta, aceita, de $ 2.500,00. Isso indica que o cocontratante concorda em adquirir os exemplares a $ 10,00 a unidade,

40. Carbonnier [1956]/1972, nº 37, 123.

para revendê-los com lucro entre juristas de Québec. Ao mesmo tempo, a acei-tação da contraproposta pelo interessado sinaliza que reviu sua avaliação para baixo. Sob que parâmetro foi feita a reavaliação? Seria preciso considerar o que seria possível fazer com 250 exemplares do Índex se a contraproposta fosse rejeitada. Manifestamente o interessado não conseguiu vendê-los. Deveria li-quidar ou mesmo vender como papel velho? O que se compara é o uso visado e o melhor uso alternativo que se pode imaginar.

391 O interessado, quando alocou valores que lhe permitiram elaborar o Ín-dex, tinha, sem dúvida, a esperança de recuperar seu investimento. Porém, uma vez executada a obra, é preciso procurar a melhor opção então disponí-vel, mesmo se não for possível compensar as despesas. O custo de uma opção é o melhor uso alternativo que se encontre. O economista o denomina *custo de oportunidade.* Essa a noção a ser empregada ao raciocinar economicamente, e deve ser preferida ao *custo histórico* que são os $ 100.000,00 despendidos.

392 E o valor? Não se pode mensurá-lo senão à luz de um acordo livremen-te aceito pelas partes, cada uma levando em consideração as outras opções possíveis. Duas valorizações subjetivas que se harmonizam relativamente ao preço no momento da conclusão do acordo. Depois os contratantes tomam seus caminhos, separados, cada um fazendo planos sobre o bem adquirido (ou o dinheiro) que podem levar a novas valorizações. Essas considerações aparecem na fórmula lapidar de David Friedman "preço = valor-custo".[41]

393 Que consequências decorrem de tal concepção para a noção de lesão? Não se pode, sem contrassenso, fundá-la sobre a disparidade objetiva de va-lores. O conceito é resultado do pensamento. A lesão não pode, portanto, decorrer de nada que não as circunstâncias que levaram ao acordo. Sob tal óptica, o artigo 1406, primeira alínea do *Code civil du Québec*, é de ser criticada, entende-se.

> "A lesão resulta da exploração de uma das partes pela outra que leva a importante desproporção entre as prestações das partes; o só fato de haver desproporção rele-vante leva à presunção de exploração."

394 Pressupõe que a "desproporção entre as prestações" seja determiná-vel. Deve-se preferir o novo artigo 3:44, parágrafo quarto do Código Civil holandês:

> "Une personne abuse des circonstances lorsqu'elle encourage la passation d'un acte juridique par une autre, tout en sachant ou devant comprendre, ce qui eut dû l'en retenir, que cette dernière y a été induite par des circonstances particulières, telles que la nécessité, la dépendance, la légèreté, l'état mental anormal, l'inexpérience."[42]

41. Friedman 1996, 23.

42. Haanappel/Mackaay 1990.

"Uma pessoa abusa das circunstâncias quando estimula a celebração de ato jurídico por outra, sabendo ou devendo saber que esta fora induzida pelas circunstâncias específicas, como a necessidade, a dependência, a rapidez, o estado mental anormal, e inexperiência."

394a. Nota da tradutora O Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/02, no artigo 157,[43] dispõe sobre lesão, fundando-a em premente necessidade ou inexperiência, ou seja, uma forma de vício da vontade, de falta de autonomia (liberdade) para decidir. O § 1º a esse artigo remete ao momento da celebra-ção do negócio jurídico para fins de avaliação da desproporção entre as presta-ções, enquanto o § 2º traz regra de mitigação do desequilíbrio a fim de manter a operação,

No que tange às relações de consumo, a presunção de vulnerabilidade (hipossuficência) dos consumidores dá resposta ainda mais simples à noção de lesão.

395 O artigo do Código Civil holandês também tem problemas, pois na me-dida em que uma pessoa possa conhecer os estados de alma de seu cocontra-tante, põe, também, interrogações.

4. ARBITRAGEM ECONÔMICA, ESPECULAÇÃO E INTERMEDIAÇÃO

396 Há alguns anos era vantajoso, para um canadense, comprar acessórios de microinformática nos Estados Unidos da América, mesmo levando em con-ta as despesas de transporte. Essa vantagem desapareceu. A MacWarehouse, por exemplo, tem uma sucursal em Toronto que vende em dólar canadense, essencialmente ao mesmo preço da matriz nos Estados Unidos da América. O exemplo ilustra o fenômeno, já lembrado, do que o economista denomina *arbitragem.* Se o preço de um produto difere de um local para outro, e sem que isso seja justificado pelos custos de transporte ou de distribuição, empresá-rios adquirirão o produto no local de menor preço para revendê-lo naquele de preço mais alto, inferior, porém, ao preço corrente, embolsando a diferença. É possível que tais atos de empreendedorismo tendam a nivelar as diferen-ças de preço no espaço. Nos mercados financeiros, em que as transações se fazem por computador, e geralmente sem deslocamento físico, a arbitragem se dá quase que instantaneamente. A arbitragem tem como efeito importante

43. Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

difundir mais rapidamente a informação sobre o valor comercial dos bens e uniformizar os preços praticados no mundo.

397 O mesmo fenômeno pode dar-se no tempo. Compramos, em uma época na qual há abundância e na qual o bem tem preço baixo (por exemplo, logo em seguida à colheita), para revender em período de escassez. Há uma dife-rença em relação à arbitragem: os preços futuros não são conhecidos e quem adquire em dado momento para revender mais tarde pratica um ato de empre-endedorismo. Acredita que o preço futuro será mais alto. Se se enganar, sofre-rá os contratempos, o que lhe dá certa razão para tentar apostar corretamente.

398 Esse fenômeno é conhecido como *especulação.* Tem má fama porque, aos olhos do leigo, o especulador aufere um benefício indevido. Posto de outra forma, como os bens são vendidos por preço maior exatamente no momento em que se tornaram raros, escassos, parece que se exploram as pessoas nos momentos de suas necessidades.

399 A análise está errada. Veja-se o escrito de Adam Smith:

> "O interesse do comerciante, e da maior parte da população, que parecem opostos numa primeira abordagem, são idênticos mesmo nos períodos de escassez. O comer-ciante tem interesse em aumentar o preço do trigo enquanto a escassez real o exigir, mas seu interesse não é, jamais, fazê-lo subir sem razão. Ao aumentar o preço, ele desencoraja o consumo e força todos, ou alguns, mas particularmente os mais pobres, a economizarem e administrarem melhor seus recursos. Se aumentar muito o preço, o comerciante desencoraja o consumo com a consequência de a quantidade disponí-vel superar a demanda no período, resultando em sobras que durarão até a próxima colheita, criando o risco de perder boa parte do trigo por causas naturais, mas ver-se-á forçado a vender o que restar a preços bem inferiores aos que obteria meses antes. Se, ao não elevar muito os preços desestimula, desencoraja o consumo tão pouco que a quantidade disponível poderá não ser suficiente para a estação, não apenas perde uma parte do lucro que poderia auferir, mas impõe à população, antes do final da estação, não o sofrimento da escassez, mas os horrores da fome abominável."[44]

400 A especulação funciona como uma espécie de seguro. É essencial no mer-cado de opções a termo.[45]

401 Os papéis desempenhados pela arbitragem e pela especulação permitem compreender o fenômeno da intermediação.[46] Os intermediários (*middlemen*) são o elo entre os que têm relativa abundância de um bem e aqueles que não o têm, mas desejam adquiri-lo. Ao comprar dos primeiros, na esperança de

44. Smith [1776]/1937, 490 (Liv. IV, c. V). *Digression concerning the Corn Trade and Corn Laws* (traduc-tion); sobre especulação, ver também Brenner/Brenner 1990; Friedman 1996, 183 ss.; Lepage 1985, 445-448 (Annexe 1). Digressão concernente à Corn Trade and Corn Laws sobre especulação, ver também Brenner, 1990: Friedman, 1996, 183 ss.; Lepage, 1985, 445-448 (Anexo 1).

45. Ver, por exemplo, Veljanovski 1985; Berthon/Gallais-Hamonno 1994.

46. Ver, por exemplo, Landa 1981, 1987, 1994.

vender aos outros, o intermediário pratica um ato de empreendedorismo, fa-zendo a ligação entre uns e outros. Na medida em que sua atividade seja bem--sucedida, abre, para os dois grupos, possibilidades que não poderiam atingir isoladamente; cria nova riqueza. O intermediário fica com os lucros resultantes da intermediação e assume o custo daquela que não tenha sido bem-sucedida. O opróbrio imposto aos mercadores, nas teorias socialistas, é injustificado. Seu papel é, ao revés, essencial em uma economia de mercado.

Seção 3

Imperfeições do mercado

402 Mercados que funcionam, conforme descrito nas páginas precedentes, evo-luem na direção de um estado de equilíbrio geral que é, ao mesmo tempo, um ótimo de Pareto: nenhuma mudança na alocação dos recursos poderá melhorar a posição de um ou mais participantes sem que algum outro fique pior. A demons-tração dessa proposição é um dos notáveis resultados do modelo neoclássico da ciência econômica.[47] Fundamenta a intuição de economistas que seguem Adam Smith, segundo a qual mercados livres servem ao interesse público.

403 A demonstração parte de várias premissas, como a da concorrência em todos os mercados; a apropriação de todos os bens e serviços negociados nos mercados, e seu corolário, a imputação de todo o custo de produção ao pro-dutor e não a terceiros, bem assim a informação completa de todos os partici-pantes a respeito das opções disponíveis.

404 Fato é que tais condições raramente são preenchidas integralmente. E se não o são, o modelo neoclássico detecta uma *imperfeição do mercado*,[48] ou, ainda, uma *ausência de mercado* ou mesmo uma *falha de mercado* (*market imperfec-tions/failure*).[49] As mais importantes imperfeições de mercado são o monopó-lio e certas formas de concorrência disfarçadas ou falseadas, os bens coletivos, quer dizer, aqueles não suscetíveis de apropriação; as externalidades; a infor-mação incompleta ou assimétrica dos participantes em uma operação, ou sua racionalidade limitada. Esses conceitos foram apresentados neste capítulo e nos precedentes.

405 Fácil demonstrar por que, no modelo neoclássico, tais imperfeições impe-diriam a produção de certos bens, ou sua produção nas quantidades desejadas, ainda que os consumidores aceitassem pagar o preço para deles disporem.

47. Demonstração devida em especial a Samuelson [1947]/1967.

48. Crozet 1997, 34.

49. Uma boa exposição é encontrada em Smith Barrett 1974. Ver ainda Cowen 1988; Ledyard 1987.

O monopólio estimula o monopolista a restringir a produção abaixo do que seria ofertado em mercado concorrencial, fato que se afigura como uso não ótimo dos recursos. A mesma conclusão se impõe para outras formas de prá-ticas anticoncorrenciais.

406 Bens coletivos são aqueles que, uma vez disponíveis, não permitem que alguém seja excluído de seu uso e, portanto, que a utilização do bem por uma pessoa não diminui a quantidade dele disponível para outras. A defesa nacio-nal é, em geral, citada como exemplo; a informação divulgada tem, também, característica de bem coletivo em muitas de suas manifestações. Dificuldade evidente, quanto aos bens coletivos, é que, se ninguém pode ser excluído de seu uso, cada um será tentado a abusar e ninguém, no mercado privado, terá interesse em produzi-lo.[50]

407 As externalidades negativas impõem uma parcela do custo de uma ati-vidade a um terceiro; as externalidades positivas lhe dão uma vantagem não compensada em face de quem a produz. A externalidade negativa implica que o preço da atividade reflita, incorretamente, os sacrifícios necessários para sua produção. A pessoa que a produz não suporta mais do que uma parcela do seu custo real. O custo privado calculado pelo produtor cobre apenas uma parte do custo social. Os bens produzidos em tais circunstâncias serão oferta-dos ao mercado, mas provocarão má alocação de recursos.

408 Enfim, enquanto os participantes do mercado forem mal informados so-bre as opções disponíveis, arriscam-se a fazer escolhas que estarão longe de serem as melhores. Em todas as circunstâncias em que haja imperfeições do mercado, não se pode considerar existir a tendência, demonstrada no modelo neoclássico, de evolução autônoma das forças sociais na direção do equilíbrio que seria, ao mesmo tempo, um ótimo.

409 A teoria econômica do bem-estar, até a metade do século XX, interpre-tava tais resultados como significativos de mera aparência de fenômenos que poderiam ser analisados como imperfeições do mercado suficientes para jus-tificar a intervenção corretiva do Estado.[51] Quanto aos bens coletivos, por

50. David Hume já os havia claramente reconhecido: *"Thus bridges are built; harbours open'd; ram-parts rais'd; canals form'd; fleets equip'd; and armies disciplin'd; every where, by the care of government, which, tho'compos'd of men subject to all human infirmities, becomes, by one of the finest and most subtle inventions imaginable, a composition, that is, in some measure, exempted from all these infirmities"* (Hume [1740]/1978, 538). "Dessa forma são construídas pontes, portos abertos, muralhas edificadas, canais, frotas equipadas e soldados disciplinados em todos os lugares, por conta dos governos, que são compostos por homens sujeitos a todas as enfermidades humanas, tornam-se, por uma das mais sutis e precisas invenções imaginável, a composição que é, em certa medida, isenta de todas as enfermidades."

51. *"The view of markets as a discovery procedure and co-ordinating mechanism is now common property to many economists, irrespective of their politics ... But it is still 'double Dutch' to large numbers of Oxbridge graduates who have been brought up to suppose that they have only to diagnose a departure from perfect compe-tition for the case for markets to collapse; and that they are then free to propose any ingenious intervention that occurs to them or just follow their general political predilections."* Brittan 1995 (citado em *The Economist*,

exemplo, o Estado deveria produzi-los, diretamente ou mediante concessão a empresa privada, sendo o custo, em todos os casos, suportado por impostos.

410 A análise tem inúmeras debilidades. Se for verdade que os fenômenos ditos imperfeições do mercado espelham perguntas no plano teórico, estas não são diretamente observáveis. Uma transação não se perfaz por conta de imperfeição do mercado ou por força de condições normais de escassez (cus-to)?[52] Os filmes franceses são menos vistos nos cinemas, na França, do que os norte-americanos, em razão de alguma falha de mercado (quase mono-pólio, falta de informação dos consumidores franceses), ou por motivo mais banal, os consumidores franceses preferem os filmes norte-americanos? Não se pode responder à questão por simples observação.[53] Resulta que a só exis-tência de elementos que permitem apreender alguma imperfeição de mercado não basta para justificar uma intervenção corretiva do Estado. Ou seja, nada garante que a intervenção do Estado, que se pretende corretiva, possa reme-diar a imperfeição do mercado sem, por sua vez, alterar os diferentes e mais elevados custos daquilo que as imperfeições apontam.

411 Os fenômenos que denominamos imperfeições do mercado não eram es-tranhos aos que nos antecederam, e que, muitas vezes, encontraram respostas fora da ação do Estado. Ao longo dos últimos quarenta anos, série de rele-vantes estudos, todos empíricos, demonstrou que produtos e serviços citados na literatura econômica como exemplos típicos de imperfeições do mercado tinham, na verdade, têm sido produzidos pela iniciativa privada.

412 A polinização pelas abelhas, dada como exemplo de externalidade po-sitiva, impedia o mercado de produzir tal serviço. Cheung trouxe à luz um florescente mercado privado para tais serviços, executados por meio de mu-dança de colmeias.[54] Os faróis costeiros eram, igualmente, citados como bens irremediavelmente coletivos até que, em 1974, Coase demonstrasse que, na história da Inglaterra, o serviço era prestado em bases semiprivadas, finan-ciado por contribuições dos navios que aportavam nos locais servidos pelos faróis.[55] Coase também atacou a noção de externalidade negativa, mostrando que não se trata de conflitos relativos ao uso de um recurso escasso sobre o

4/3/1995, 87). "A visão dos mercados como procedimento de descoberta e mecanismo de coordena-ção é agora propriedade comum para muitos economistas, independente de suas políticas... Mas é ainda 'Double Dutch' para grande número de graduados de Oxbridge que foram educados para supor que têm o único diagnóstico afora de concorrência perfeita para o caso de colapso dos mercados; e que estão livres para propor qualquer intervenção engenhosa que lhes ocorra ou apenas seguir a política geral de sua predilação."

52. Wagner 1996, 8-21.

53. Wagner 1996, 8-21, que sustenta que o conceito nem é verificável, nem falsificável e, portanto, não é científico.

54. Cheung 1973. De Meza 1998, 279, atribui o mito a James Meade 1952.

55. Coase 1974. De Meza 1998, 279, atribui o mito a Pigou 1932, 184, que se baseava em Sidgwick 1901, 406.

qual os direitos de propriedade são especificados de forma incompleta. Basta, segundo tal demonstração, atribuir a uma ou a outra das partes no conflito o direito de uso para que a externalidade seja "internalizada" e o conflito resol-vido. Se os custos de transação são desprezíveis, a solução favorecerá, sempre, o uso mais lucrativo, qualquer que seja a parte à qual venha a ser atribuído.[56] A conclusão que decorre do conjunto de tais estudos[57] é que imperfeições aparentes não bastam para estabelecer a necessidade de uma intervenção pelo Estado ou outra intervenção corretiva.[58]

413 A intervenção do Estado, uma vez realizada, exclui, por sua existência, a iniciativa privada que poderia ter levado ao empreendedorismo de sorte a criar, inventar, práticas para superar a imperfeição do mercado considerado. A intervenção estatal tende a bloquear tal demonstração e, dessa forma, a se perpetuar. Mesmo nos casos de estarem caracterizadas imperfeições do mer-cado, os custos daí resultantes devem ser comparados com os da intervenção estatal que são por ela engendrados. Entre eles, é preciso considerar, fora da tendência a se perpetuarem indeterminadamente, a suscetibilidade da busca por rendas pelos grupos de interesse que agem sob a cobertura do interesse geral, assim como a ausência de estímulos visando à inovação por aqueles que agem em nome do Estado.[59]

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

414 Neste capítulo examinamos o que a teoria econômica propõe para auxi-liar a compreender o funcionamento dos mercados e a natureza da concorrên-cia. A existência do mercado calcado sobre o modelo neoclássico, que capta seu objeto de forma estática, acentua a tendência para o equilíbrio.

415 Estudos científicos recentes, assim como fatos claramente visíveis, po-rém mal pensados, como o megaprocesso iniciado nos anos 1970, nos Estados Unidos da América contra a IBM, e o proposto, no final dos anos 1990, contra a Microsoft, chamaram a atenção para a natureza essencialmente dinâmica da concorrência e o papel, essencial, dos empresários e da inovação. Esses desenvolvimentos puseram em xeque a pertinência do modelo neoclássico,

56. Coase 1960.

57. Zerbe/McCurdy 1999, 2000.

58. Conviria acrescentar os estudos que põem em dúvida o fenômeno a "*path dependence*", a presumi-da tendência da economia a ficar presa nas soluções não ótimas resultantes de escolhas anteriores que seriam difícies de abandonar. Ver Liebowitz/Margolis 1990. Shleifer/Vishny 1998 refutam, no Capítulo 9, a ideia que pretende que as empresas públicas corrijam as deficiências do mercado quan-do haja perigo de monopólio ou de externalidades significativas; de fato, as empresas públicas são menos eficientes do que as empresss privadas, em razão, em especial, de pressões políticas exercidas pelos políticos (151); frequentemente criaram empregos fictícios e pagaram salários inflados (152).

59. Sobre essa questão, ver notadamente Henderson 1998; Komesar 1994; Shleifer/Vishny 1998.

até então a ferramenta mais usada que a ciência econômica desenvolvera, e o papel do direito da concorrência.[60] A respeito dessa indagação, convém ouvir Kirzner, membro da escola austríaca de economia política, que não pode ser considerado como excessivamente simpático ao modelo neoclássico:

> "Pour beaucoup de fins pratiques en économie appliquée, la théorie reçue de l'équili-bre propose un raccourci utile pour comprendre ce qui se passe dans les marchés. En considérant quels sont les effets d'une interférence étatique précise avec le marché (par exemple, pour comprendre comment un prix plafond crée une pénurie, ou un prix plancher un surplus), l'économiste autrichien aura sans doute recours aux simples diagrammes d'offre et de demande de Marshall autant que ses collègues néo-classi-ques [...]. Rien dans ce texte n'a pour but de dénigrer l'utilité éventuelle de la théorie reçue de l'équilibre comme un algorithme servant à déterminer approximativement les conséquences de changements précis venant de l'extérieur du système économique.
>
> Para muitos fins práticos de economia aplicada a teoria do equilíbrio oferece recurso útil para compreender o que ocorre nos mercados. Considerando que são os efeitos de uma interferência estatal precisa no mercado (por exemplo, para compreender como um preço máximo cria escassez, ou um preço mínimo cria excedentes); o economista austríaco, sem dúvida, recorrerá a meros diagramas de oferta e demanda de Marshall, enquanto seus colegas neoclássicos [...]. Nada neste texto tem por fim denegrir a uti-lidade eventual da teoria recebida do equilíbrio como algoritmo que para determinar, aproximadamente, as consequências de mudanças precisas provenientes do exterior do sistema econômico."[61]

416 A questão que perturba, na exposição antecedente, concerne à missão específica do Estado. O analista não pode mais se contentar em apontar o dedo para uma imperfeição aparente do mercado a fim de invocar uma ação do Estado para corrigi-la. Tais imperfeições podem bem ser menos danosas do que se acreditava até recentemente. Sua correção pode engendrar a criação de mais custos, a ponto de anular os benefícios pretendidos. O que o Estado faz, em realidade, parece ter pouca relação com o que, em relação a prescrições econômicas em matéria de imperfeições do mercado, poderia ser considerado seu papel. A explicação do que o Estado faz deve ser buscada em outro fun-damento. Valer-nos-emos dos ensinamentos da teoria da *public choice* (escolha coletiva), objeto de outro capítulo.

60. Sobre o direito da concorrência canadense, dez anos após a reforma da lei, ver o número especial a *Review of Industrial Organization*, vol. 13, n^os^ 1-2 (abril 1998) 1-270.

61. Kirzner 1997, 52 (tradução): "*Para fins operacionais de economia aplicada, a teoria dominante de equi-líbrio oferece atalho útil para entender o que acontece em mercados. Ao considerar o que são as consequências de intervenção governamental em mercados (por exemplo, vendo como preços máximos geram escassez ou preços mí-nimos geram excessos), o economista austríaco tende a se ver usando o mesmo diagrama e simples Marshalliano de oferta-demanda como seus colegas neoclássicos. [...] Nada neste texto pretende designar a possível utilidade da teoria do equilíbrio da corrente majoritária para servir de algoritmo para identificação das consequências de tipos específicos de trocas exógenas*."

INDO ADIANTE

417 Entre os textos de introdução à microeconomia, os mais interessantes evitam apresentar a economia como um autômato acentuando o papel das decisões humanas e a descoberta de novas formas de fazer. O breve texto de Kirzner é, sob esse aspecto, exemplar.[62] Lê-se, em Dasgupta, da perspectiva comparativa entre o mundo desenvolvido e aquele em vias de desenvolvi-mento.[63] Introdução bastante fácil à obra de Adam Smith sobre a riqueza das nações é a de O'Rourke.[64] Baechler adota a perspectiva evocada em seu livro sobre o capitalismo, do qual se aponta a quarta parte. Sobre a concorrência, po-de-se ler Salin.[65] Os que gostam do estilo de apresentação de David Friedman encontrarão introdução informal à microeconomia em seu texto sobre a or-dem oculta.[66] Os textos mais técnicos sobre microeconomia são de Gwartney e Stroup, de um lado, e o de Friedman de outro.[67] Algumas lições importan-tes que se pode extrair da ciência econômica, sem se perder em detalhes da microeconomia, estão em Gwartney e Stroup.[68] Sobre o propósito das inter-venções com base no direito da concorrência, leia-se Liebowitz e Margolis.[69]

62. Kirzner 1997.
63. Dasgupta 2007.
64. O'Rourke 2007.
65. Salin 1995.
66. Friedman 1996.
67. Gwartney et al. 2005; Friedman 1992a.
68. Gwartney/Stroup 1993.
69. Liebowitz/Margolis 1999.

capítulo **4**

O risco e o seguro

"a society in which no one fears the conse-quences of risk-taking may provide fertile grou-nd for antisocial behavior." ***Bernstein 1996, 206***

"uma sociedade na qual ninguém tem medo das consequências de tomar risco pode ser terreno fér-til para comportaments antissociais." ***Bernstein, 1996, 206***

INTRODUÇÃO: RISCO E INCERTEZA

418 As decisões dos agentes econômicos não recaem apenas sobre bens de-terminados, certos (pedir, ou não, uma xícara de café e um *croissant*, na ca-feteria da esquina), mas abrangem, também, matérias em que a álea existe, um elemento incerto. Ao adquirir um bilhete de loteria, sabe-se que existe a probabilidade, mas não há certeza, de ganhar. Ao estudar Direito, espera-se melhorar as possibilidades de emprego e, daí, auferir renda. Ao "desenvolver" a região do Monte Tremblant, os promotores esperam obter nova e numerosa clientela que lhes permitirá recuperar o considerável investimento que fize-ram para tal desenvolvimento.

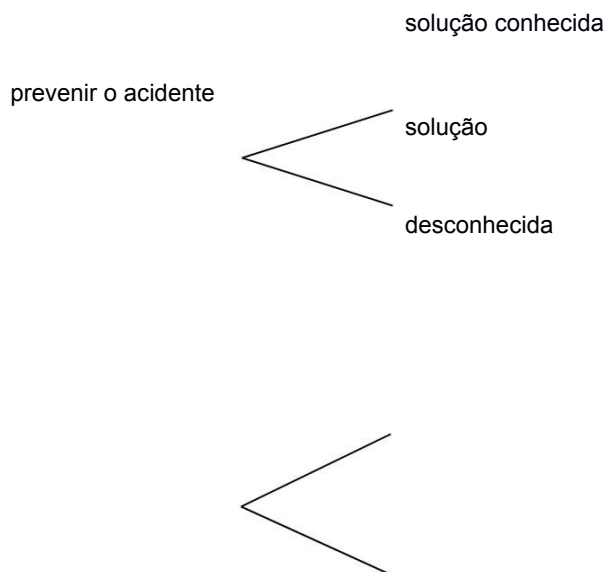
419 Todas essas situações apresentam um elemento de incerteza. Diferem por sua natureza. No caso da loteria, sabe-se, estatisticamente, quais as probabi-lidades de ganhar, muitas vezes, divulgadas pelos responsáveis pela loteria. A melhoria das perspectivas após estudar Direito é menos certa, sobretudo com a alegada "saturação" do mercado de advogados e notários. Contudo, em uma economia aberta, o que significa "saturação"? O caminho que se percorre ao estudar Direito está longe de ser inédito e aqui, igualmente, será possível determinar estatisticamente a probabilidade das oportunidades de melhores perspectivas. Quanto ao desenvolvimento do Monte Tremblant, o elemento incerteza é ainda mais acentuado; parece difícil determinar estatisticamente as probabilidades de sucesso com aceitável precisão.

420 Frank Knight[1] propôs empregar o termo "risco" a fenômenos dos quais se tem ao menos conhecimento estatístico e o termo "incerteza" para as áleas em que tal conhecimento não esteja disponível e nas quais devemos estimar as possibilidades de resultado sem parâmetro (no chute). Lan-çar-se em projeto marcado por grau significativo de incerteza é um ato de empreendedorismo.

421 Cada um de nós, em graus que variam de uma pessoa para outra, assume ou toma riscos e empreende em projetos cujos resultados são incertos. Na maior parte dos casos envolvendo nossa vida, o risco e a incerteza são vistos como custos. Procuraremos evitá-los ou reduzir sua incidência sobre nossa vida.

422 Diferimos uns dos outros nas nossas preferências e em nossa aptidão para fazer face aos riscos. Pode-se, pois, esperar uma especialização na tarefa de absorver diferentes tipos de riscos ou incerteza. O segurador está, ma-nifestamente, melhor colocado que o cidadão para absover os riscos de um incêndio na casa deste. Isso explica o interesse pelos contratos de seguro que o proprietário da casa subscreve junto ao segurador.

423 Diante da eventualidade de acidentes, ou outros eventos, em que há risco ou incerteza indesejados, podem-se adotar muitas posições. O Quadro I, 4.1 as resume.

Quadro I, 4.1 – As opções diante do risco

Se os meios de prevenção do risco forem conhecidos, cabe determinar se convém adotá-los. A resposta é afirmativa para todos os meios de precaução

1. Knight [1921]/1971.

cujo custo seja inferior à redução do custo do risco que seja factível. Trata-se de um "cálculo preventivo" que está na base da responsabilidade por culpa.[2]

425 Na falta de meios conhecidos de prevenção que possam ser adotados, são feitas pesquisas, teóricas ou aplicadas, que prometam levar-nos a desco-bri-los. É preciso, assim, determinar a amplitude da pesquisa a ser feita, tal como, e talvez, sobretudo, a pessoa mais bem situada para empreendê-las. Novamente, deveríamos comparar o custo da pesquisa e as possibilidades de se chegar a novos meios de prevenção, com redução do custo dos riscos que permitiriam obter. Os dados necessários para estabelecer tais comparações são, porém, eivados de incertezas e a escolha da amplitude e da natureza das pesquisas é mais uma decisão empresarial.

426 Enquanto não temos à nossa disposição, de pronto, meios para reduzir a incidência do risco, é preciso assumi-lo. Há muitas formas de fazê-lo. Pode-mos, nós mesmos, absorver o risco, desviá-lo para terceiro, ou segurá-lo. A opção de absorvermos o risco é residual; aplica-se aos casos em que nenhuma outra via possa ser adotada.

427 Nossa sociedade conhece diferentes esquemas que permitem desviar um risco para terceiros. Por exemplo: o risco para os pescadores canadenses de não poderem pescar por força do esgotamento dos estoques de peixes nos oceanos é desviado para a comunidade inteira sob forma de alocações gover-namentais para os pescadores. O regime reflete uma forma de redistribuição, cuja explicação deve ser pesquisada, com a ajuda da teoria da *public choice*, no funcionamento do processo político.

428 Finalmente, pode-se recorrer ao seguro. O seguro se distingue da opção precedente visto que, em princípio, é preciso que o segurado pague, sob for-ma de prêmio, o custo exato do risco assegurado. O seguro substitui um custo importante, mas incerto, por um custo reduzido, porém certo. O segurador é o intermediário que faz a substituição. Sua intervenção, veremos, faz com que, para o segurado, o fardo do risco pareça mais leve de suportar do que se devesse assumi-lo. O seguro oferece ao segurado um ganho de bem-estar. Tal ganho pode levar o segurado a assumir uma atividade que, de outra forma, consideraria muito arriscada.

429 No que segue é explicado o funcionamento do seguro. Começa-se com um esquema simples em uma mutualidade (1), para introduzir, em seguida, complicações que tornam o quadro mais realista (2) e que explicam as práti-cas observadas no campo do seguro, assim como muitas regras jurídicas de outros campos (3).

2. Mackaay 1980; Lemennicier 1991, c. 3. Em inglês, na abundante literatura, Calabresi 1970; Shavell 1987; Landes/Posner 1987; Dewees et al. 1996.

Seção **1**

Elementos do seguro

1. FORMAÇÃO DE UMA MUTUALIDADE

430 Imagine-se a seguinte situação em um mundo mais simples que o nosso, no qual o seguro é desconhecido. Somos 3.000 proprietários de casas e procu-ramos nos prevenir contra danos causados por incêndios de imóveis.

431 Ano bom, ano ruim, três casas são queimadas. Dessas, duas são de madei-ra, a terceira de tijolos. A reposição de uma casa de madeira custa $ 45.000,00, a da de tijolos $ 60.000,00. Metade dos proprietários tem casas de madeira, a outra metade casas de tijolos. Os sinistros custam, em média, $ 150.000,00 por ano, ou seja, duas vezes $ 45.000,00 para casas de madeira destruídas e $ 60.000,00 para a casa de tijolos.

432 Reunindo esforços, podemos cobrir essas despesas mediante uma coti-zação de $ 50,00 por ano para cada membro do grupo. A soma de $ 50,00 é o equivalente certo para uma perda incerta. É o prêmio do seguro.

433 O arranjo corresponde às mutualidades que são desenvolvidas ao longo da história para riscos de sinistros, mas também, e até recentemente, para
riscos de saúde e de greve.[3] O interesse das mutualidades está em permitir pôr em comum ou socializar os riscos (*risk pooling*).

2. A CATEGORIZAÇÃO

434 O arranjo instituído no grupo constitui, para todos os seus membros, um avanço em relação à situação anterior, um ganho paretiano. Mas os pro-prietários das casas de tijolos não estão inteiramente satisfeitos. Notam que, das 1.500 casas de tijolos, apenas uma por ano é incendiada, ao custo de $ 60.000,00. Repartido entre os membros desse subgrupo, tal perda repre-senta um custo de $ 40,00 por pessoa. Propõe-se, então, não contribuir mais do que essa importância. Caso contrário, as pessoas sairão do grupo para formar uma mutualidade entre elas. Para cobrir a totalidade das perdas anuais previstas, seria necessário que os outros 1.500 proprietários remanescentes contribuíssem com os $ 90.000,00 faltantes, o que perfaz $ 60,00 por pessoa nesse grupo.

3. Beito 1990, 1997, 2000; Benhamou/Lévecque 1983; Bernstein 1996; Ewald 1986, 205 s.; Siddeley 1992.

435 Poder-se-ia pensar que tal diferenciação constitui um entrave no funda-mento de solidariedade da mutualidade. Mas, é preciso observar, a cotização mais elevada para os proprietários de casas de madeira parece justa. Suas contribuições bastam apenas para cobrir as perdas previstas para casas de madeira, quer dizer, perdas em sua categoria. Se os proprietários das casas de tijolos executarem sua ameaça de sair, os 1.500 membros remanescentes de-verão se cotizar com a soma de $ 60,00. Os 3.000 proprietários podem então ficar juntos com a condição de se diferenciarem suas contribuições (prêmios), para que correspondem aos riscos que cada um impõe ao grupo (*pool*).

436 Até onde os segurados se diferenciam? No limite, num mundo hipoté-tico sem fricção e com informação perfeita, cada um se encontrará em uma categoria a que corresponda, exatamente, em seu benefício o risco particular, individual. O prêmio do seguro será, então, o equivalente exato do risco que deseja assegurar. No que tange a fatos, há custos de transação. Primeiramen-te, no que se refere a custos, obter a informação necessária para diferenciar os clientes: seria necessário, por exemplo, inspecionar o bem segurado no momento da conclusão do contrato e, depois, regularmente. Na medida em que a fiscalização seja incompleta, o segurado pode, ainda, se envolver em comportamentos estratégicos que compliquem a diferenciação. Examinemos esses custos de transação.

437 Sobre o custo da informação, nova diferenciação pode valer a pena se a medição ou a redução do prêmio que puder ser acordado em um grupo ul-trapassar o custo de obter tal informação. Retomemos o exemplo do início e suponhamos que custe $ 5,00 por ano para distinguir casas de tijolos e de madeira. Nessa hipótese, os proprietários das casas de tijolos manteriam a ameaça de sair, pois um prêmio de $ 40,00 (risco segurado) mais $ 5,00 (inspeção), ou seja, $ 45,00, é inferior aos $ 50,00 que pagariam no *pool* não diferenciado.

438 Para os proprietários de casas de madeira, o custo adicional de $ 5,00 não interessa. Na verdade eles não o pagariam. Dado que constituem o grupo de risco mais elevado, o segurador pode se contentar em exigir deles o prêmio de $ 60,00 por ano, sem inspeção. O segurador que agisse de outra forma veria esse grupo de clientes abandoná-lo, indo para o concorrente que não fizesse distinção mas exigisse, de maneira uniforme, o prêmio mais elevado.

439 Disso decorre que o custo da diferenciação é imputado aos riscos que se beneficiam de um prêmio menor, inferior, em consequência da diferenciação. O processo de diferenciação é seguido até que os custos da busca por informa-ção adicional para diferenciação suplementar ultrapassem as vantagens que possam ser acordadas sob a forma de redução de prêmio. Se as técnicas dispo-níveis para se obter a informação mudam, por exemplo, pela fiscalização que os membros do *pool* podem fazer entre si, ou por conta de avanços técnicos na comunicação de conhecimento sobre os riscos, a diferenciação econômica a ser feita ampliar-se-á. O segurador que se recusar a fazer essa diferenciação

suplementar, que se justificaria segundo tais critérios, verá seus melhores clientes abandonarem o *pool,* saírem. Ficará preso aos piores riscos, o que o obrigaria, em curto lapso de tempo, a aumentar os prêmios para que corres-pondam aos riscos mais elevados que garante. O seguro implica, por certo, a solidariedade, mas isso apenas no seio das categorias às quais se aplicar a diferenciação.

3. CUSTO DO SEGURO

440 O prêmio que se paga ao tornar-se membro do grupo ou *pool* de seguro representa o equivalente ao custo da incerteza. Devemos, agora, precisar a noção. A questão poderia ser proposta aos membros da mutualidade se o pro-prietário de uma casa de concreto pretendesse aderir ao grupo. Que prêmio cobrar?

441 Admitamos que a substituição de uma casa de concreto queimada custa $ 75.000,00. Tal informação não basta para fixar o prêmio. No caso tratado adiante, sabíamos, para cada categoria, quantas casas em média, nas 1.500, eram queimadas a cada ano.

442 A informação permite determinar a *probabilidade* de que uma casa de certa categoria seja queimada no espaço de um ano. É igual à frequência relativa. Para as casas de madeira, a probabilidade de um sinistro é igual a 2 em 1.500, ou seja, 0,133%. Para as casas de tijolos, a probabilidade é de 1 em 1.500, ou de 0,067%. A probabilidade é um número que fica entre zero e um. Formaliza a noção intuitiva de possibilidades da ocorrência de um evento.

443 Com o auxílio da probabilidade e do custo do sinistro, se vier a ocorrer, pode-se determinar o peso exato do risco que cada proprietário corre. É o pro-duto desses dois valores. Para uma casa de madeira, é de 0,00133 × 45.000,00, ou seja, $ 60,00; para uma casa de tijolos é de 0,00067 × 60.000,00 ou $ 40,00. O produto da probabilidade de um evento (p), e do custo, se ocorrer (V), ou p × V é denominado *esperança matemática* (*expected value,* ou seja, *valor esperado*).

444 No exemplo, o prêmio exigido de cada segurado corresponde à esperança matemática do risco que ele leva para o *pool*. O seguro é, assim, equitativo. Na realidade, o prêmio do seguro tem outro componente, o custo da administra-ção que aqui é ignorado.

445 Para determinar o prêmio que deverá ser pago pelo proprietário da casa de concreto, deve-se conhecer a probabilidade de ocorrência do sinistro nes-se gênero de edificação. A experiência vivida, que se cristaliza sob forma de estatísticas, deverá fornecer a informação buscada. Admita-se que a cada ano uma casa de concreto em 5.000 seja destruída por incêndio. A probabilidade do evento é, então, de 0,002%. O prêmio do seguro deve ser estabelecido em $ 15,00 (0,0002 × 75.000).

446 No exemplo do desenvolvimento do Monte Tremblant do início do ca-pítulo, não dispúnhamos de estatísticas que permitissem determinar uma probabilidade. Dessa forma, aqueles que decidiram envolver-se no projeto fo-ram guiados pelas possibilidades de sucesso. A probabilidade que traduziria a ideia não pode corresponder à de frequência relativa, dado o caráter bastante único do projeto. Essa é uma noção subjetiva que reflete a intuição de alguém sobre possibilidades de sucesso. Apesar dessa característica subjetiva, **tais estimativas** podem ser úteis para comparar muitos projetos com componen-tes aleatórios. Calcula-se o equivalente certo para cada opção. O equivalente
certo é composto da soma da esperança matemática de ganhos (ou perdas) se o evento ocorrer ($p \times V_1$), e da esperança matemática de ganhos (ou perdas) se não ocorrer ($(1 - p) \times V_0$). Nas considerações apresentadas, pode-se igno-rar o segundo termo, uma vez que o segurador nada pagará se o sinistro não se realizar, o que significa que V_0 é igual a zero.

4. FUNDAMENTOS DO SEGURO

447 Pergunta-se agora, como, em matéria de seguro, aparece a vantagem comparativa do segurador relativamente ao cliente. A diferença deriva do fato de que, para o cliente, o evento contra o qual se garante representa uma perda cujo peso, a seus olhos, é superior à esperança matemática. Para exprimir a ideia, diz-se que os segurados são, geralmente, *avessos a risco.*

448 Na medida em que garante uma grande variedade de riscos diferentes, o segurador pode, com base na *lei dos grandes números,* modelar tabelas e tratar cada risco como equivalente a sua esperança matemática. Um exemplo pode esclarecer o contraste. Cada um sabe que sua vida tem duração limitada, mas não sabe se a morte ocorrerá no ano. Porém, em termos de sociedade, é pos-sível determinar quantas pessoas deste ou daquele grupo correm o risco de perder a vida no ano.

449 Para que a lei dos grandes números funcione, é preciso que os riscos que integram o *pool* de segurados sejam independentes uns dos outros. Se o sinis-tro segurado se der sobre grande número de casos ao mesmo tempo, o segu-rador não poderá mais tratar esses riscos como equivalentes à sua esperança matemática. Isso explica por que os seguradores excluem, com frequência, das suas apólices, as catástrofes naturais, como tornados, guerras, epidemias e outros desastres coletivos similares. Alternativamente, é facultado ao segu-rador ressegurar, junto a ressegurador como a Lloyd's, cujos riscos são mais diversificados que os seus, ou de formar um consórcio com outros segurado-res de maneira a formar um *pool* mais diversificado.

449a. Nota da tradutora Durante muito tempo, o resseguro, no Brasil, era monopólio do IRB – Instituto de Resseguros do Brasil. A privatização dessa instituição permite, agora, a operação de resseguro com outras resseguradoras.

450 A chave para o seguro é a diversificação (*risk spreading*). Entenda-se por diversificação pôr em comum riscos independentes, ou seja, que não têm altas ou baixas ao mesmo tempo. Esse o princípio que prevalece na constituição das carteiras de aplicação na bolsa.

451 Convém agora acrescentar realismo ao modelo, examinando os fenôme-nos que podem causar danos ao seguro: as perversidades.

Seção 2

As perversidades

452 Vimos que o mercado de seguros tem custos de transação não apenas no que diz respeito à obtenção de informações, custosas quanto aos riscos segu-rados, mas, também, quanto ao comportamento estratégico que o segurado pode adotar em razão do custo de fiscalização. Agora é preciso examinar essa segunda dimensão dos custos de transação. Ela aparece sob três modalidades: a seleção adversa (1), o risco moral (2) e a diluição do risco (3).

1. SELEÇÃO ADVERSA OU ANTISSELEÇÃO

a. Natureza

453 A saída do *pool* dos proprietários de casas de tijolos, no exemplo inicial, mostra um caso de *seleção adversa.* A seleção adversa aparece quando um segu-rador, em razão da falta de informação, ou por outras razões, cobra, sem distin-ção, o mesmo prêmio a grupos que oferecem riscos diferentes. Isso encoraja as pessoas que sabem estar entre os piores riscos a aderirem a seu plano de seguro sem divulgar tal qualidade, pois, para elas, o seguro é vantajoso. Em oposição, a ausência de diferenciação desencoraja os melhores riscos. Eles preferem se assegurar com algum concorrente pronto a fazer a distinção, pois, para elas, isso resulta em prêmio inferior. O segurador que não discrimina terminará por garantir os piores riscos, o que acabará por ser refletido nos prêmios cobrados.

454 Se o adquirente de um produto ou serviço (aqui o segurador que procura conhecer os riscos que se propõe a garantir) não pode, de imediato, observar a qualidade, que será determinável após adquirido o produto ou serviço, ele presumirá, no momento da conclusão do contrato, que a qualidade é média ou, até, baixa, como no caso mostrado por Akerlof em seu célebre artigo sobre o mercado de automóveis "limões" (*lemons market*).[4] No limite, o problema da informação poderá tornar o seguro inviável.[5]

4. Akerlof 1970.

5. Dionne/Harrington 1990, 18.

b. Respostas

455 Uma primeira resposta, jurídica, está em sancionar severamente toda reticência pelo segurado, de elementos que possam influenciar o risco. No contrato de seguro o direito exige da parte do segurado boa-fé a toda prova (*uberissima fides*) nas suas declarações. O Código Civil de Québec, por exem-plo, enuncia essa obrigação de declaração fiel nos artigos 2.408 a 2.410, e, para seguros marítimos, os artigos 2.545 e seguintes.[6] Nos termos do artigo 2.410, a falta de conformidade é sancionada pela nulidade do contrato de se-guro requerida pelo segurador, "mesmo naquilo que concerne sinistros não ligados a riscos dessa forma desnaturados". Tal sanção severa é, contudo, temperada no caso particular de declaração falsa sobre a idade do segurado, sobre a reserva de direito de que o segurador ajuste o prêmio (2140 C.c.Q).

455a. Nota da tradutora O Código Civil Brasileiro, no artigo 765, empre-ga a expressão "a mais estrita boa-fé e veracidade" quanto às declarações das partes. O artigo 766 prevê a perda da garantia por declarações inexatas ou omissão de circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na precificação da operação, sem prejuízo do pagamento do prêmio. Contudo, o parágrafo único cria dificuldade ao dispor que as inexatidões ou omissões devem resultar de má-fé do segurado. Caso não haja prova dessa conduta (oportunista), faculta à seguradora a resolução do contrato ou a cobrança de diferença do prêmio, ainda que o sinistro tenha ocorrido e (supõe-se) a inde-nização paga.

Melhor a redação do artigo 768, que remete ao agravamento intencional do risco objeto do contrato, fulminando o comportamento com a perda do direito à garantia. A punição tem caráter inibitório, mas, claro, dependerá de prova, nem sempre fácil. Resta determinar o sentido das decisões judi-ciais que, de regra, no Brasil, tendem a premiar o hipossuficiente, no caso o segurado.

456 Uma segunda resposta está fundada na ideia de que a informação faltante no momento da conclusão do contrato tornar-se-á disponível na medida em que seja executado. O segurador pode, então, inicialmente, exigir um prêmio médio e ajustar descontos na medida em que o segurado não recorra ao segu-ro durante certo período (*experience rating*). É conhecida, no caso de seguro de automóveis, a "taxa do bom motorista".

457 A informação de que o segurador necessita pode, também, ser prestada pelo segurado. Põe-se aqui o problema da confiabilidade de tal informação. O tema será tratado adiante sob a designação de *signalling*.

6. Por motivo constitucional, o seguro marítimo é, no Canadá, regido por lei federal: Loi concernant l'assurance maritime (L.R.C. (1985), c. C-22). Ver arts. 20 ss. da lei.

2. RISCO MORAL (*moral hazard*)

a. Natureza

458 Na maior parte dos eventos segurados, a probabilidade de ocorrência e extensão dos danos variará conforme o comportamento do segurado; podem ser reduzidos pela adoção de precauções. A probabilidade de invasão é dimi-nuída pela instalação de lâmpadas ao redor da casa, de fechaduras seguras, es-pecialmente nas portas externas, e de um sistema de alarme. A probabilidade de acidente com o automóvel variará conforme seja utilizado para ir ao traba-lho todas as manhãs ou apenas para aulas e baladas nos finais de semana.

459 Os dois exemplos mostram as dificuldades enfrentadas pelos segurado-res para determinar a categoria de risco em que convém inserir o segurado. Com relação a lâmpadas, fechaduras e sistema de alarme, o segurador pode fazer inspeção inicial, constatar se existem, ou não, e em consequência to-mar a decisão. Após a conclusão do contrato de seguro, as lâmpadas podem queimar, as fechaduras se desgastar a ponto de não mais fechar corretamente e o sistema de alarme pode sofrer pane. Para o segurado, é custoso corrigir essas falhas. Ao omiti-las, sabendo que o segurador não fará nova inspeção, faz economia, recebendo a mesma proteção. Mas os ônus implícitos do segu-ro aumentam para o segurador. O mesmo se dá com o seguro de automóvel concluído para uso de recreação, enquanto o segurado, uma vez celebrado o contrato, se serve de seu veículo para ir ao trabalho.

460 Em todos esses casos há o *risco moral.* O risco moral aparece cada vez que, em razão de fiscalização imperfeita, porque custosa para o segurador, o segu-rado se afasta do comportamento ajustado com o segurador, eventualmente de forma implícita, de modo a buscar vantagem para si, aumentando a proba-bilidade ou a extensão do risco assumido pelo segurador. O risco moral, no campo do seguro, corresponde ao problema de "*agency*" em outros contextos. É exemplo de *comportamento oportunista.*

461 Em razão do risco moral, o segurador tem seus custos aumentados para todos os segurados e, em consequência, ajusta os prêmios. Os segurados ter-minam pagando os custos de sua discreta indiferença (indiferença individual no original ***discrète insouciance***). Se o risco moral for muito sério, o seguro poderá tornar-se inviável. Por essa razão não se pode fazer seguro contra o risco de falência de uma empresa ou contra perdas em Bolsa.

b. Respostas

462 Para conter o risco moral, o segurador pode fiscalizar, monitorar (*moni-tor*) o comportamento do segurado uma vez ajustado o seguro, ou pode tentar alinhar o interesse do segurado com o seu. A fiscalização do segurado põe

o problema do custo já apontado acima. Pode-se, porém, chegar a resultado comparável pela *experience rating* (classificação pela experiência).

463 Para alinhar os interesses de segurador e segurado, é preciso que uma parte do custo do sinistro repercuta sobre o segurado, que, dessa forma, terá interesse em evitar o sinistro. O segurado deve assumir, ele próprio, uma parte do custo da perda segurada, o que quer dizer que o segurador deve re-cusar assumir a totalidade do valor da perda. Duas técnicas conhecidas para alcançar esse resultado são a franquia e o cosseguro.

1. A franquia

464 A franquia consiste em deixar uma parcela do custo de cada acidente, até o montante da franquia, por conta do segurado, obrigando-se o segurador a pagar as perdas que a superem. Nos limites da franquia, a imprudência do segurado se volta contra ele, o que deve incentivá-lo a ser prudente.

464a. Nota da tradutora A franquia difere do descoberto obrigatório, pois, enquanto este é determinado pela seguradora, que não assume a garan-tia de perda total do bem segurado, aquela é fruto de acordo entre segurador e segurado. Certo que em ambos há limite para a indenização a ser paga pela seguradora. Nos dois casos, tem-se uma forma de incentivo, para que o segu-rado seja prudente. Comum o descoberto obrigatório em seguros de veículos automotores.

465 Na prática observa-se que as seguradores subscrevem contratos de segu-ro por "valor de novo". O risco moral que esta fórmula pode gerar é contido pela franquia (ou descoberto obrigatório) e pela fiscalização estreita das cir-cunstâncias em que o sinistro ocorreu, assim como pelo ajuste dos prêmios para mais subsequentemente.

466 O montante da franquia pode ser fixado em diferentes níveis. Isso per-mite modular o sistema. Não se atribui o mesmo grau aos comportamentos estratégicos que levam ao risco moral a todos os segurados. Os mais pru-dentes teriam interesse em se distinguir dos outros para se beneficiarem de prêmios menores. O segurado prudente pode mostrar sua prudência aceitan-do uma franquia maior (descoberto obrigatório). Esse comportamento seria mais custoso para uma pessoa imprudente e deveria, por tal razão, constituir índice confiável para o segurador, permitindo-lhe distinguir os prudentes e os imprudentes.

2. O cosseguro e a partilha de riscos

467 Cosseguro ou a partilha de riscos é a operação mediante a qual o segura-dor se obriga a pagar uma parte determinada das perdas seguradas, ficando o saldo por conta do segurado. O arranjo é frequente em matéria comercial. Os sócios de uma sociedade dividem o risco comercial da sua empresa.

467a. Nota da tradutora Diz-se que o cosseguro é negócio jurídico em que duas ou mais seguradoras, em conjunto, assumem a garantia de um de-terminado risco. Assemelha-se a operações em que duas ou mais instituições financeiras se organizam ao dividirem financiamentos de valores elevados e, muitas vezes, de longo prazo. São formas de partilha de riscos. A legislação brasileira, art. 761 do CCB, determina que nos casos de cosseguro a apólice deve indicar o administrador e representante dos demais para todos os efeitos do contrato. Decorre dessa norma que o cosseguro é reconhecido, legalmente, quando celebrado entre duas ou mais seguradoras e o segurado.

468 Na maior parte dos contratos de seguro, o segurador fixa o limite máxi-mo de sua responsabilidade. O segurado assume o ônus das perdas ou despe-sas que ultrapassarem o teto. O cosseguro se aplica aos casos ou reclamações que ultrapassam o teto.

3. O signalling *(Sinalização)*

469 A estratégia do segurado prudente que busca ser reconhecido pelo se-gurador ao aceitar uma franquia ou um cosseguro elevado faz parte de uma família maior de comportamentos para os quais Spence[7] propôs a denomina-ção de *signalling*.[8] O *signalling* é resposta ao problema da falta de informação analisada por Akerlof no seu artigo já citado sobre o mercado de automóveis usados ("*citrons*") (*lemons market*).[9]

470 Na falta de informação confiável sobre a qualidade de um produto, o preço praticado no mercado não pode ir além de médio ou baixo, refletin-do percepção pessimista ou prudente. A situação não deixará de frustrar os fornecedores de bens ou serviços de qualidade superior, que não recebem o preço compatível com a qualidade de seu produto. Terão tendência de baixar a qualidade ou sair do mercado. Se tais fornecedores encontrassem um meio para criar índice facilmente observável pelos clientes e que lhes indicasse a real qualidade superior do produto, poderiam pedir por eles preço mais alto. O índice deve ser confiável, isto é, deve impedir imitação fácil ou interferência que conduza a engano praticado por fornecedores de produtos ou serviços de qualidade inferior. O s*ignalling* é comportamento do fornecedor de um produ-to cuja qualidade não é diretamente observável visando a informar, de forma confiável, o cliente sobre a real qualidade do bem ou serviço. Gera um ganho de bem-estar na medida em que torna viável maior variedade de produtos.

471 Spence sustentou a tese de que a educação permite sinalizar um talento superior à média do mercado de trabalho: nem todos podem obter um diplo-ma universitário, em especial um de mestrado ou doutorado. A implicação é

7. Spence 1973.
8. Riley 1987.
9. Akerlof 1970.

que se faça curso superior com a finalidade única de se distinguir do pelotão, sem que isso traga, necessariamente, conhecimentos ou talentos buscados no mercado de trabalho.

472 Pode-se indagar se certos cursos superiores, visando, sobretudo, o *sig-nalling,* não constituem imenso desperdício A resposta é negativa. Para com-preender por que, partamos da consideração, elementar, de que o *signalling* não se manterá sem que o custo da criação do sinal possa ser recuperado no maior preço obtido pelo bem ou serviço em questão. Vale notar que o valor superior ao custo de um meio de informação depende diretamente do que esteja disponível como bem ou serviço concorrente. À medida que o custo do sinal aumenta, far-se-á sentir a concorrência de outras formas de obtenção da informação veiculada pelo sinal, aí incluída a experiência do adquirente durante o uso experimental ou teste do produto ou serviço.

473 No que concerne ao mercado de trabalho, a informação buscada pelo em-pregador revelar-se-á com o tempo em que o prospectivo empregado traba-lhar na empresa. O empregador poderá propor ao empregado um contrato de experiência. O teste deve ser suficientemente longo para permitir ao empre-gador determinar os verdadeiros talentos do candidato. Durante a experiên-cia, o candidato recebe a remuneração de uma pessoa com talentos modestos. Se a experiência mostrar talentos superiores, é confirmado na função e recebe aumento que "compensará" o pagamento menor do período de experiência. Caso contrário, fica com o salário inferior, ou o contrato não será prorro-gado. Estudo empírico concluiu que escritórios de advocacia recrutam seus membros dessa forma. A experiência dura ao redor de seis anos e, ao térmi-no dos quais, se a experiência for positiva, vem o convite para se associar à banca.[10] Isso permite concluir que há limites reais ou presumidos de *signalling* inflacionário.

474 O *signalling* pode tomar outras formas. Por exemplo, o fabricante de auto-móvel pode indicar a qualidade superior de seus veículos oferecendo uma ga-rantia por período maior do que seus concorrentes. O índice é difícil de imitar para aqueles concorrentes que fabricam veículos que costumam apresentar defeitos. As marcas de comércio servem como sinais. O conteúdo desse sinal provém da satisfação anterior do cliente, ou de outros clientes, e implicita-mente o fornecedor se compromete em manter a qualidade. Nos casos de marcas, o impedimento à imitação emana da lei mais que de uma caracterís-tica material do sinal.

3. A DILUIÇÃO DO RISCO

475 Outro efeito possível perverso vem da possibilidade de se garantir con-tra a responsabilidade civil que provocaria redução da prudência, e em que

10. Carr/Matthewson 1990.

terceiros arcariam com os custos. A tese parece, à primeira vista, plausível. Na falta de seguro, o risco não é apreciado pelo valor de sua esperança matemáti-ca. O fato de que as pessoas buscam se garantir mostra sua versão ao risco e permite entender que percebem o risco como mais oneroso que seu valor real e, em consequência, tomam precauções. O seguro, ao reduzir o fardo, baixa o nível de precauções. O fenômeno se assemelharia ao risco moral, mas afeta ou atinge terceiros (externalidades).

476 Quiseram explicar a proibição feita aos advogados de se organizarem em sociedade comercial (corporação ou sociedade anônima), o que permitiria li-mitar sua responsabilidade civil por perdas resultantes de culpas profissio-nais. Em certas épocas era-lhes proibido, pela mesma razão, e como contrário à ordem pública, subscreverem seguro de responsabilidade civil. Essa proibi-ção não existe mais. A pressão preventiva é mantida pela ação disciplinar ou por pessoas que não fazem parte de uma profissão em relação de confiança, pela possibilidade de ação civil ou penal.

477 Pode-se duvidar da importância de tais perversidades na prática. A razão é que toda flexibilização da prudência se traduziria em reclamações contra o segurador e provocaria respostas ao risco moral: fiscalização, *experience rating*, franquia e cosseguro.[11]

Seção **3**

Aplicações

478 A economia do risco e do seguro permite explicar muitas instituições jurídicas presentes no contrato de seguro (1), claro, mas também em outros campos do direito (2 a 7).

1. O CONTRATO DE SEGURO

479 O contrato de seguro é o instrumento jurídico para, convencionalmente, alterar os efeitos do sinistro, fazendo-o recair sobre outrem (*risk strifting*). OBS.: há quem diga que se trata de transferência de risco.[12] Para celebrar um contrato de seguro, é preciso que o segurado tenha um interesse legítimo so-bre um bem ou uma pessoa. O Código Civil de Québec, por exemplo, enuncia essa condição nos artigos 2.418, 2.419, 2.381, 2.511. O interesse pode derivar da propriedade do bem segurado (sua casa, seu automóvel), mas também da responsabilidade que o garante em caso de sinistro (responsabilidade do

11. Cooter/Ulen 1996.

12. Rea 1993, 1998.

motorista em relação a terceiros, responsabilidade de locatário por danos cau-sados aos locais alugados).

479a. Nota da tradutora O art. 757 do Código Civil Brasileiro, igualmen-te, exige interesse legítimo do segurado relativo a pessoa ou coisa, sujeita a riscos que, no instrumento de contrato, devem ser determinados.

480 O legítimo interesse exigido no seguro é uma resposta ao risco moral. A pessoa que não tem interesse poderia ser tentada a provocar o evento contra o qual se garante. Pelo mesmo motivo a indenização máxima que o segurador deverá pagar não poderá exceder o montante de tal interesse. Há, atualmen-te, seguros por "valor de novo" para residências. Nota-se que, em face de tal cláusula ou estipulação, o risco moral requer atenção especial da parte do segurador.

480a. Nota da tradutora O direito pátrio, no que concerne a seguros de dano, dispõe que a garantia não pode ultrapassar o valor do interesse segu-rado no momento da conclusão do contrato (art. 778). Decorre daí que even-tual valorização do bem (interesse) não terá cobertura, salvo repactação. Já o art. 783 dispõe que, salvo disposição em contrário, o seguro contratado por valor inferior ao do interesse implicará redução proporcional da indenização no caso de sinistro parcial. É a hipótese atrás associada ao cosseguro "celebra-do" entre segurado e segurador.

O risco segurado inclui os prejuízos resultantes do sinistro ou dele con-sequentes, bem assim as despesas incorridas para minorar o dano ou salvar a coisa (art. 779). Contudo, em nenhuma circunstância, a indenização poderá ultrapassar o valor do interesse segurado, sendo a referência o limite máximo da garantia constante da apólice, salvo mora do segurador.

Para impedir que o seguro se transforme em fonte de ganhos, estimulan-do-se dessa forma o *moral hazard,* o legislador brasileiro determina que, na vi-gência do contrato, se o segurado pretender fazer novo seguro sobre o mesmo interesse e contra o mesmo risco junto a outro segurador, deve previamente comunicar sua intenção, por escrito, ao primeiro segurador, a fim de eviden-ciar que a operação não viola a proibição contida no art. 778 CCB (art. 782).

481 Nas suas declarações ao segurador quanto ao objeto do seguro, o segura-do tem uma obrigação em que a honestidade, a boa-fé, é reforçada, conhecida pela expressão latina *d'uberissima fides*.[13] Deixar de observá-la pode ensejar um ajuste do prêmio ou mesmo a nulidade do contrato, independendo de a reti-cência ter relação a um sinistro ocorrido, ou não. Vejam-se exemplos: o segu-rado que tenha predisposição conhecida a desenvolver uma patologia ou uma história de acidentes de trânsito e o transportador que omite a infornação de uma avaria ou deterioração superveniente de mercadorias transportadas

13. Art. 20 da *Lei concernente ao seguro marítimo* (L.R.C. (1985), c. C-22), como a art. 2545 do C.c.Q., enunciam para o contrato de seguro marítimo a condição de "a mais absoluta e boa".

antes do início do transporte. A obrigação de declarar se estende às modifica-ções do risco supervenientes no curso do contrato.

481a. Nota da tradutora Da mesma forma, no direito brasileiro, além da incidência do art. 422 do CCB, em relação ao contrato de seguro, a expressão constante do art. 765 é **a mais estrita boa-fé** (negrito meu), sobre o objeto e circunstâncias e declarações a ele concernentes. A inexatidão das declara-ções, a omissão de circunstâncias podem levar à perda da garantia (arts. 765 e 766 CCB).

482 A sanção de nulidade, severa, dá ensejo ao risco moral simétrico: o segu-rador que desejasse se isentar das suas obrigações por meio da inexatidão das declarações do segurado. As regras detalhadas do contrato de seguro visam a conter tais formas de risco moral tanto do segurador quanto do segurado.

483 O risco moral se manifesta, ainda, sob a forma de atos intencionais da par-te do segurado visando a produzir o risco garantido ou assegurado. Trata-se, então, de um caso próximo da fraude, e a sanção de nulidade, à opção do se-gurador, se impõe. Um caso delicado aparece em matéria de seguro de vida. Se o beneficiário da apólice atentar contra a pessoa segurada, o risco moral está carcaterizado, levando à resilição do seguro (art. 2443 C.c.Q.). O caso de suicídio do segurado é mais delicado. Como o suicídio não parece refletir um risco moral característico, o seguro deve ser mantido. O Código Civil de Québec permite a exclusão contratual de tal risco (art. 2441 C.c.Q.). Mas essa opção é temperada: se o suicídio ocorre depois de mais de dois anos de interrupção do seguro, a estipulação fica sem efeito

483a. Nota da tradutora Nos seguros de pessoa, seguro de vida por mor-te, ou seguro de vida por sobrevida (previdência complementar), cuja na-tureza não tem caráter indenitário, pois, se nos seguros de dano o valor do interesse pode ser objetivamente mensurado, isso é inviável em relação à vida humana. Dessa forma, os seguros de vida são capitalização das contribuições periódicas feitas pelos interessados. Até a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro, salvo algumas decisões judiciais, o suicídio era excludente da "in-denização" por configurar ato de vontade. Espelhando essa jurisprudência, o art. 798 do CCB determina, com relação a suicídio, uma espécie de carência, cujo prazo é de dois anos da data da vigência do contrato ou de sua recondu-ção, se suspensa a vigência (art. 798).

484 O segurado que seja indenizado pelo seu segurador pode abandonar a ideia de processar o autor dos danos. Isso ensejaria um risco moral, no sen-tido que se poderia, impunemente, causar danos à propriedade de pessoas seguradas. Para conter este risco moral o contrato de seguro prevê a subro-gação do segurador que indenizar o segurado na ação que este teria contra o causador do dano. (2620 C.c.Q.). Dada a possibilidade de que o último tam-bém tenha seguro, haverá acordos entre seguradores e a informação sobre a falta de prudência do causador do dano se reflete nos ajustes de prêmios que

pagará. Se o causador do dano não tiver seguro e não for solvável, o interesse do segurador sub-rogado na ação desaparece e o risco moral ressurge. Para contê-lo, podemos recorrer ao direito penal ou a um regime de seguro obriga-tório, nos casos que a isso se prestem. O seguro obrigatório de responsabili-dade de veículos automotores reflete esta última opção.

484a. Nota da tradutora Além de o seguro obrigatório espelhar meio de reduzir o risco moral, tem outra função, na medida em que acelera a indeni-zação devida às vítimas do acidente no caso de veículos automotores. Há, no Brasil, outra espécie de seguro obrigatório relacionada à garantia de trabalha-dores e prevista na legislação especial. A função é a mesma, na medida em que não se investigarão culpas no caso de acidentes, seja no local de trabalho, seja *in itinere.*

486 A economia do seguro tem aplicações além deste ramo do direito. Na verdade, ela se aplica, mediante eventuais adaptações, a todas as situações nas quais uma pessoa age contra outra para se prevenir de perda incerta. Interes-sante, em especial, indagar em que medida a pessoa, em tais situações, pode ser levada ao risco moral e como isso deve ser tratado pelo direito.

2. A expropriação

486 Projetos de interesse público (como rodovias), com frequência, reque-rem passagem por várias propriedades nas quais alguns dos titulares dessa propriedade poderiam se converter em pilares tentando extorquir a parte do leão por sua colaboração ou consentimento na venda da respectiva área. Há técnicas para atrapalhar projetos desse tipo (uso de mandato clandestino, por exemplo). Historicamente, pode-se observar que tais meios, na atualidade, não bastam. O poder para expropriar, mediante justa indenização, parece existir em todos os países.

487 Aceito o poder de expropriar, põe-se o problema de risco moral recíproco. Se a indenização de um bem requisitado para serviço público não for aceita, ajustada, as autoridades tendem a abusar de seus poderes: risco moral. A obrigação de indenizar incita à moderação da autoridade pública e deveria levá-la a proceder mediante processo de aquisição ordinária.

488 Há, entretanto, o reverso da medalha. Sabendo que sua propriedade pode ser destinada a um serviço público, mesmo que venha a receber indenização justa, a pessoa tem interesse em agir de forma a aumentar o valor da proprie-dade, seja tornando-a inadequada ao projeto visado, seja para aumentar a in-denização que receberá. Sem dúvida, é esse risco moral que explica por que as indenizações acordadas são, de regra, inferiores ao valor de mercado do bem.

489 Para certos fins, a regulamentação pode ser um substituto à expropria-ção. Contudo, como a regulamentação não enseja indenização, isto tende a

aumentar o risco moral pela autoridade pública. Epstein examinou o proble-ma no seu livro sobre os *Takings*.[14]

3. O PARADOXO DA INDENIZAÇÃO

490 A análise da expropriação leva a descortinar uma assimetria de risco mo-ral. Cooter e Ulen sustentam que se trata de problema mais geral, para o qual propõem a denominação *paradoxo da indenização*.[15] No campo dos acidentes, para encorajar o autor dos eventuais danos a tomar as corretas medidas de precaução, é preciso que ele pague o custo integral do prejuízo causado à vítima (teste de Hand).[16] Mas o fato de receber tal eventual indenização tem, como efeito, precisamente, reduzir o interesse da vítima, que de outra forma teria de, por seu lado, tomar medidas preventivas. Como, **no direito cana-dense**, a indenização paga corresponde exatamente à indenização recebida, não há, aparentemente, nenhuma forma de criar os incentivos apropriados para todas as partes nessa interação.

490a. **Nota da tradutora** Medidas recentes da Previdência Social brasilei-ra, impondo aos causadores de acidentes com vítimas o pagamento de inde-nizações e/ou pensões, vão na direção de estimular a cautela para evitá-los. Como parece tratar-se de regra de responsabilidade objetiva, o resultado da legislação pode ensejar oportunismo (ainda que se creia que as pessoas prefe-rem evitar danos físicos e antecipar a morte) de alguns.

491 Cooter e Ulen sustentam que o problema se põe, igualmente, a propó-sito da inexecução de contratos. Trata-se, aqui, de criar o interesse, para o devedor, de adimplir, e para seu credor de não assumir despesas que seriam perdidas em caso de inexecução.

4. INEXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

492 O credor de uma obrigação não adimplida tem ação contra seu devedor. Para evitar o risco moral, o direito limita a extensão dos danos (*mitigation of dommages*). O princípio está codificado no artigo 1479 do Código Civil de Québec, que determina que o devedor não responde por agravamento dos prejuízos que a vítima poderia evitar e, como princípio mais geral, o devedor não responde por mais do que as consequências imediatas e diretas de seu inadimplemento (art. 1607 C.c.Q.). Enfim, na medida em que as indeniza-ções determinadas pelos tribunais se limitem aos danos prováveis e tendam a

14. Epstein 1985.

15. Cooter/Ulen 2004, 261-267.

16. Segundo o juiz Hand em *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947). Ver, por exemplo, Posner 1998, par. 6.1, 179-183.

subavaliar a perda real, o credor é cossegurador pela diferença e tem interesse em evitar o inadimplemento e, dessa forma, reduzir o prejuízo que recairia sobre si.

5. VÍCIOS OCULTOS

493 O fabricante responde pelos vícios ocultos do bem vendido. Ele compara-rá os custos dos meios de prevenção com o das condenações por vícios ocultos que, dessa forma, venham a ser evitados. Se, após o cálculo, não se justificar a prevenção dos vícios ou se não houver meio para preveni-los, o fabricante atua como segurador pelos incômodos ou danos causados aos usuários por conta desses vícios ocultos. O prêmio do seguro faz, implicitamente, parte do preço de compra do bem em questão. O regime dos vícios ocultos cria um seguro legal obrigatório, vez que essa garantia não pode ser excluída pelo fabricante. Claro que esse regime gera incentivo para que o fabricante faça pesquisas, técnicas ou outras, que possam levar à redução do custo de tal seguro, isto é, a soma de custos de prevenção e de custos da responsabilidade por vícios ocultos.

494 Aqui, também, vê-se o problema do risco moral, agora sob a forma de abuso ou de má utilização do bem ou serviço pelo usuário. O Código Civil de Québec enuncia, expressamente, no artigo 1.729, a defesa oponível ao adqui-rente que tenta ação com fundamento em vícios ocultos.

494a. Nota da tradutora Como regra geral, o Código Civil Brasileiro dis-põe, no art. 186, que violar direito ou causar dano a outrem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, comete ilícito passível de reparação. O art. 187 acresce ao elenco de ilicitudes o exesso manifesto dos limites do fim econômico ou social do negócio jurídico, da boa-fé ou dos bons costumes.

Já quanto a vícios redibitórios, a regra do art. 441 prevê seja a coisa rejei-tada se eivada de vícios ocultos que a tornem imprópria para o uso a que seja destinada ou lhe diminuam o valor; o art. 442 faculta, ao invés de rejeição da coisa, pleitear-se abatimento do preço.

A pena para alienante de bens que conhecia o vício ou defeito da coisa é a restituição do que recebeu acrescida de perdas e danos; se ignorava o vício ou defeito, a restituição será limitada ao valor recebido e despesas do contrato.

Os prazos para reclamar de defeitos ou vícios ocultos é de 30 dias para coisas móveis e de um ano se imóvel, prazos contados da data de entrega do bem. Caso o adquirente esteja na posse do bem, o prazo será reduzido à me-tade a partir da data da alienação.

Nas relações de consumo, a Lei nº 8.078/1990, prevê, no art. 10º, que o fornecedor não poderá pôr no mercado produto ou serviço que sabe, ou de-veria saber, apresente alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou

à segurança. O § 1º trata de conhecimento posterior à introdução do bem ou serviço no mercado, estabelecendo dever de comunicação.

Essa lei imputa a fabricantes, produtores, construtores, importadores, responsabilidade objetiva por danos causados a consumidores por defeitos de projeto, de fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, infor-mações insuficientes ou inadequadas, entre outras.

495 Uma defesa do fabricante, que contempla o risco moral, em face de ter-ceiro usuário de um bem defeituoso, vem enunciada no artigo 1.473: se a "vítima conhecia ou tinha condições de conhecer a falha do bem, ou pudesse se prevenir do prejuízo". Esse artigo permite ao fabricante, igualmente, libe-rar-se da responsabilidade invocando o "risco do desenvolvimento", vale di-zer, que a falha não poderia ser conhecida dado o estado do conhecimento no momento da fabricação, distribuição, ou fornecimento do bem. Sob a óptica aqui considerada, procuraríamos a explicação da exceção na impossibilidade de o fabricante, assim como o segurador, conhecer o ônus do risco assumido, que se faz recair sobre a vítima. Para conter o risco moral associado a essa defesa, o código exige que o fabricante que a ele recorra prove não ter havido negligência no seu dever de informação assim que ela tomar conhecimento da existência do problema.

495a. **Nota da tradutora** O direito pátrio trata dessa questão no direito do consumo como exposto atrás. Não se isenta o fornecedor de responsabilidade, impondo-se-lhe o dever de informar e, dependendo das circunstâncias, retirar o produto do mercado para evitar mais danos.

6. RISCO COMERCIAL

496 As empresas comerciais apresentam, em geral, riscos não seguráveis em vista de seu caráter único e do risco moral que apareceria no seu negócio. Os riscos são repartidos de outra forma. Uma primeira técnica é a responsa-bilidade limitada dos acionistas da corporação (na América do Norte) ou da sociedade anônima (na Europa e no Brasil). Isso permite que os particulares participem de uma atividade empresária sem obrigar o total de seus ativos patrimoniais. Essa medida tem como efeito aumentar globalmente os capitais disponíveis para projetos comerciais, pois os particulares preferem diversifi-car sua carteira de ações. Os fundos mútuos assentam sobre a mesma ideia da diversificação para oferecer a seus participantes uma proteção relativa contra a flutuação do valor das ações.

496a. Nota da tradutora Além das companhias, também nas sociedades limitadas, depois de integralizado o capital social, os cotistas serão limitada-mente responsáveis pelas obrigações sociais.

497 O investimento de capital na sociedade assemelha o acionista ao segu-rador até o limite do valor que tenha subscrito. Põe-se, agora, a questão do risco moral daqueles que exercem a administração da sociedade. O direito das

sociedades comerciais prevê diferentes formas de fiscalizar a administração, como os poderes da assembleia geral de acionistas e do conselho de adminis-tração. Complementarmente, o risco moral é controlado por medidas comer-ciais. Quando as ações são negociáveis, permite-se a criação de um mercado, cujo efeito é precificá-las. O preço reflete o lucro previsto para a empresa que depende, entre outros fatores, da qualidade da gestão. Estudos empíricos demonstram que a bolsa de valores mobiliários é um mercado que espelha correta e rapidamente as informações disponíveis sobre as perspectivas das empresas cotadas (hipótese do *mercado eficiente*).[17] O movimento dos preços das ações de uma sociedade anônima aberta pode, rapidamente, alertar os investidores que pensam em aumentar os ganhos ao modificar as orientações e a gestão da empresa. A possibilidade de tomada de controle serve para con-trolar o risco moral dos administradores da empresa.

7. FALÊNCIA E O CUSTO DO CRÉDITO

498 O risco comercial da empresa (risco de crédito) não é integralmente se-gurado pelos acionistas. É, também, assumido pelos seus credores. Isso se torna evidente no momento da falência. Se os credores recebem 10% do valor de seus créditos, são convertidos em seguradores da empresa pela diferença. Põem-se duas questões a esse respeito, a saber: como é pago o prêmio do se-guro e como se controla o risco moral.

499 Examinemos o caso do credor banqueiro. Como o banqueiro determina a taxa de desconto aplicável a um determinado cliente? O banqueiro procura sempre recuperar, ao final do empréstimo, o valor que empresta no presente. Havendo previsão de inflação, ou se o empréstimo é denominado em moeda estrangeira, em que a taxa de câmbio pode variar no curso do empréstimo, a taxa de desconto deve levar em conta esses eventos.

500 O banqueiro desejará, em segundo lugar, garantir uma rentabilidade com base no valor emprestado. Seu lucro é a diferença entre a taxa que paga ao poupador (doador) e a taxa pela qual empresta ao tomador.

501 Em terceiro lugar, o banqueiro deve cobrir seus custos de administração. Estes dependem em parte do cliente e da natureza do projeto apresentado. Para alguns, é preciso fazer análises mais detalhadas do que para outros.

502 A distinção entre clientes aparece em um quarto fator. Trata-se de proba-bilidade de reembolso da dívida. O reembolso é evento incerto e em relação ao qual o banco atua como segurador. O quarto componente da taxa de des-conto apresentada ao cliente é o prêmio do seguro implícito, correspondente ao risco de não reembolso pelo cliente. Para clientes “AAA”, o risco é mínimo e a taxa de desconto exigida é igual à taxa básica do banco. Na medida em

17. Ver, por exemplo, Fama 1965, 1970, 1980; Fama/Jensen 1983; Jensen/Meckling 1976; Posner/ Scott 1980, c. 6.

que os clientes ofereçam risco mais elevado, sua cotação cai e a taxa de juros exigida aumenta. Para cartões de crédito, as taxas de juros são, geralmente, mais elevadas do que para empréstimos bancários mais personalizados. Os titulares de cartão de crédito ouro costumam pagar taxas de juros inferiores às cobradas de titulares de cartões comuns.

503 A garantia permite reduzir o risco para os mutuantes. A existência de garantia permite o reembolso da dívida com preferência sobre outros credo-res, que, por seu lado, veem aumentado o risco de não serem pagos.[18] Entre-tanto, não é a existência da garantia que interessa ao mutuante mas, sim, o efeito que sua constituição produz. O devedor fará de tudo para evitar perder a garantia. A garantia controla o risco moral. Pelas duas razões, os créditos garantidos levam a taxas de juros inferiores às daqueles não garantidos.

504 Em seguida ao caso do banqueiro, examina-se a situação dos demais credores. Tal como o banqueiro estão expostos ao risco de inadimplemento da empresa devedora e, implicitamente, agem como cosseguradores parciais desse risco. O prêmio do seguro para esses credores aparece sob a forma de provisão "para créditos duvidosos". Faz parte dos custos gerais da empresa credora e é imputado nos preços por ela praticados. Se os temores se justi-ficarem, a empresa poderá diferenciar os clientes e propor-lhes condições de crédito diferentes.

505 Em última análise, são os clientes que pagam o custo dessa garantia. Po-de-se dizer que o preço a ser pago para se ter uma sociedade mais inovadora é fonte de risco mais elevado. Na média, os ganhos de uma inovação mais intensa deveriam compensar os gastos dos choques involuntários.

Se os negócios do devedor forem muito mal em algum momento, é me-lhor que ele cesse a atividade, liquide o negócio e permita que os adminis-tradores recomecem sobre nova base, eliminando as dívidas não pagas: é a falência. Em regime normal, a possibilidade de sair de uma aventura ruim (mais do que enfrentar as dificuldades até o fim dos dias) constitui encora-jamento para a inovação e para as empresas de risco. Põe o risco moral como uma opção muito fácil de se desvencilhar, se desembaraçar das dívidas. O controle vem, em parte, da reputação do falido. As agências de crédito e os circuitos informais fazem circular essa informação.

507 Outro problema de risco moral aparece na falência. Entre os credores de um devedor em dificuldade, o jogo é o do dilema do prisioneiro com mui-tos jogadores. Quem seja reembolsado recupera seu crédito, mas pode, por sua ação, provocar a insolvência ou insolvabilidade, a quebra da empresa. O interesse de todos é, pois, suspender as ações visando ao reembolso ante-cipado das dívidas, mas o interesse secreto de cada um é, individualmente,

18. Adler 1998, que faz avaliar que o efeito das garantias é controverso. Credores com uma garantia podem propor crédito menos caro, mas credores quirografários devem cobrar mais pelo crédito do que fariam em regime no qual todos os créditos fossem iguais em face do patrimônio do devedor.

persegui-lo. A falência resolve esse dilema do prisioneiro pondo o conjunto de ativos sob administração.

508 Resta ao devedor, que vê se aproximar o momento da sua falência, tentar fazer arranjos com certos credores na esperança de obter vantagens depois da decretação da falência. Essas manobras são, de há muito, julgadas ilícitas (risco moral) e sujeitas à ação de nulidade, a ação pauliana.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

509 O capítulo examina a economia dos eventos incertos e do seguro como meio de lhes fazer face. O interesse do segurador vem da possibilidade de pôr em conjunto grande número de riscos de diversas origens de forma a aplicar a lei dos grandes números. A opção é viável na medida em que os riscos sejam independentes. O seguro pressupõe que os riscos sejam, no mínimo, estatis-ticamente determináveis.

510 Se o seguro tem base na reunião ou socialização de riscos, deve, para que se faça um fundo, impor a cada segurado um pagamento, sob forma de prê-mio, que represente o valor exato do risco com o qual concorre para a mutu-alidade. A concorrência entre seguradores e a possibilidade para os segurados de procurarem os que melhor ajustem os prêmios aos riscos evitam que de forma permanente um segurado pague o custo de riscos superiores de um outro segurado.

511 Os limites são duas possibilidades: a seleção adversa e o risco moral. Para conter tais fenômenos, os recursos são a fiscalização do segurado e técnicas de franquia e cosseguro que fazem com que assuma uma parte do risco e es-timulam a prudência.

512 A economia do seguro explica muitos fenômenos, mesmo fora do campo do direito dos seguros, nas áreas da empresa, do crédito, da falência, da ex-propriação e da inexecução de contratos.

513 Muitos autores de obras gerais de análise econômica do direito dedicam passagens interessantes aos riscos e ao seguro.[19] Hargreaves Heap e outros dedicam um capítulo.[20] Taleb explica como a intuição humana é muito enga-nosa em matéria de riscos. Sobre as políticas desejáveis em matéria de ris-cos,[21] notadamente para a vida e saúde humanas, leia-se Wildavsky e, mais recentemente, Viscussi.[22]

19. Chiancone/Porrini 1997, c. 10-12, 175-234; Cooter/Ulen 2004, 49-55; Friedman 2000, c. 6, 63-73; Mackaay 1982, c. 8, 173-192.

20. Hargreaves Heap et al. 1992, c. 4.

21. Taleb 2004.

22. Wildavsky 1988; Viscusi 1998.

capítulo **5**

Ordem política e poder

"O Estado é a grande ficção através da qual todo mundo se esforça para viver às expensas de todo mundo." **Bastiat [1848]/1983, 39**

"Controlar o governo – fazer com que faça as coisas certas – é um bem público." **Friedman 1987, 511**

514 A teoria econômica explica como os mercados servem para coordenar planos díspares de seus participantes, oferecendo-lhes vantagens resultantes da especialização e da inovação. Considera a viabilidade de mercados explíci-tos ou implícitos na maior parte das atividades humanas.

515 Qual é o papel do Estado nessa concepção? Desde o início da análise econômica, a questão mereceu atenção dos economistas. Em 1975, Stigler lançou uma primeira compilação de artigos que tinha publicado a respeito do
tema.[1] À primeira vista, o Estado é um ator especial. Pode impor seus desejos mediante coação e tem o monopólio da força. No mínimo, tem a missão de ga-rantir a ordem pública, que é um bem coletivo, suscetível de configurar uma
imperfeição do mercado.[2] A só missão de manter a ordem pública fica, porém, longe de descrever o conjunto de funções que o Estado assume nas sociedades modernas.

516 Indagado sobre o papel do Estado, o jurista responderá que o Estado vela pelo interesse geral, levando a entender, desta forma, que os mercados não são – ou nunca foram – aptos, ou que não oferecem garantias equivalentes. A ação do Estado visaria, pois, tanto a tomar iniciativas que o setor privado não é capaz de garantir, quanto a enquadrar ou corrigir os resultados do jogo de forças privadas. No final do argumento, o Estado seria o guardião imparcial

1. Stigler 1975.
2. Wolfelsberger 1995, 17-18.

do interesse geral, tendo como missão suprir ou corrigir.[3] É a visão angelical do Estado.

517 Essa visão não pode servir de explicação completa do que, na realidade, o Estado faz. Qualquer que seja o sentido dado ao conceito de interesse geral, dificilmente dará conta, por exemplo, das subvenções e restrições à importa-ção adotadas em benefício de diferentes grupos de agricultores e pecuaristas, ou outras formas de protecionismo praticadas nas fronteiras nacionais contra indústrias estrangeiras em benefício de indústrias locais.[4]

518 Falta uma teoria descritiva do comportamento dos atores na cena política, uma teoria da ordem política,[5] para explicar o papel do Estado. Uma primeira pista é a de Hirschman. Hirschman distingue a defecção (*exit*) e a manifestação, a palavra (*voice*), como meios para os cidadãos melhorarem os serviços que lhes são prestados. O cliente insatisfeito com o produto ofere-cido por uma empresa a abandona em proveito de empresa concorrente. O cidadão insatisfeito com os serviços de seu governo raramente tem essa op-ção. Claro, ele pode reclamar para tornar pública sua insatisfação do governo local. Pode emigrar para fazer o mesmo em relação ao governo nacional. Mas, normalmente, essas opções lhe parecem muito custosas e ele deve tornar seus sentimentos conhecidos fazendo-se ouvir, manifestando-se nas instituições participativas ou na rua (manifestação, boicote, greve). A defecção tende a tomar o lugar da palavra onde seja viável. A defecção é a voz real do mercado concorrencial, a palavra o é na ordem política, da família, do grupo, onde a lealdade torna a defecção muito custosa.[6]

519 Se a concepção de Hirschman suscitou muito interesse, notadamente ao contrariar a tendência do economista de se concentrar apenas com a opção da defecção, ela não explica, isoladamente, o funcionamento da ordem política. Por isso devemos recorrer a outras ferramentas. A teoria dos jogos oferece modelos que permitem entender melhor a origem do Estado (A). A teoria econômica, pelos ensinamentos da Escola da *public choice* (escolhas coletivas), formula modelo detalhado do funcionamento da ordem política nas democra-cias representativas como a nossa (B). No plano normativo, a teoria do bem--estar, (*Welfare theory*) propôs concepção de missões propriamente confiadas ao Estado. Convém apreciá-las à luz do ensinamento da *public choice* (*C*).

3. "The neutral provider of the public interest", Barry 1989, 76. "O provedor neutro do interesse público." Barry, 1989, 76.

4. Lal 2006, c. 3, 62 ss., propõe visão mais pessimista das perspectivas de liberalização das trocas internacionais, sobretudo depois que os Estados Unidos da América adotaram a posição do bilate-ralismo.

5. Um bom resumo está em: Hardin 1997.

6. Hirschman 1970.

Seção 1

A origem do Estado[7]

520 O ser humano melhora sua vida seja ao cooperar com seu vizinho, seja ao se apropriar dos frutos de seu trabalho. Os dois modos podem ser denomina-dos modelo de cooperação e modelo de dominação.

1. O MODELO DE COOPERAÇÃO

521 O modelo da cooperação recai sobre os esforços e a inventividade das pessoas e sobre a possibilidade de trocarem os frutos de seu trabalho com outros. Exploramos essa via nos estudos sobre as relações entre pessoas. Ela permite compreender a descoberta da propriedade e da reciprocidade como fundamento do contrato. Os jogos que utilizamos naquelas explicações lan-çam luz sobre os perigos de projetos que devem recorrer à colaboração de muitas pessoas. Tais perigos se apresentam sob forma de comportamen-tos estratégicos, como a carona, ou *free riding,* ou à adoção da posição de baluarte.

522 Se nessa concepção existe um problema que, aparentemente, não pode ser resolvido senão por via da ação coletiva, as pessoas se organizam em gru-pos e criam, de comum acordo, instituições ou ofícios com a função de ze-lar pelos interesses de todo o grupo, e cujos titulares têm autoridade sobre cada um dos seus membros. Eles fazem com que as instituições necessárias operem para cessar a carona, o *free riding,* e evitar as posições de baluarte. O Estado seria formado por *contrato social.*

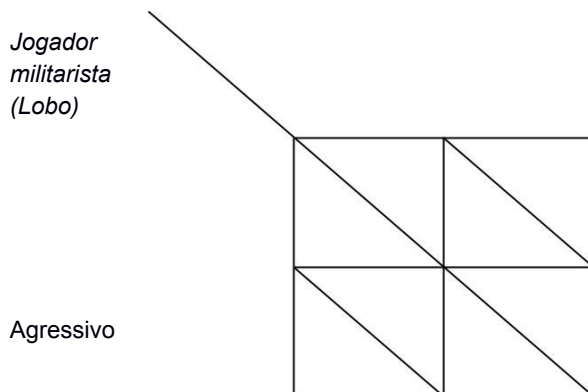
2. O MODELO DE DOMINAÇÃO

523 Há uma segunda via que permite melhorar a vida e que é ficar com os frutos do trabalho de outrem. Ela corresponde a uma concepção diferente sobre a formação do Estado e, sobretudo, sua propagação. Pode-se deno-minar esse modelo da *dominação.* "Os Estados começam geralmente com a
derrota de alguém."[8] O modelo pode ser representado pelo jogo descrito no Diagrama I, 5.1.[9]

7. Muitas ideias desenvolvidas aqui se encontram expostas em mais detalhes em Olson 2000.

8. "*States generally start with somebody's defeat.*" (de Jasay 1998, 16). Ver também Benson 1997; Had-dock 2003. "Estados geralmene começam com a derrota de alguém" (de Jasat 1998, 16) Ver também Benson, 1997; Haddock, 2003.

9. Este jogo é descrito por Wolfelsberger 1995, 30-33, e por Benson 1994, 133 ss.

Diagrama I, 5.1 – Jogo de dominação

524 O jogo pressupõe que os jogadores não são todos, no mesmo grau, aptos para as duas atividades consideradas no modelo, as atividades militares e as produtivas, como a agricultura ou a indústria. O primeiro jogador (o lobo) é ótimo nas atividades militares, o outro (o cordeiro), nas atividades de produ-ção. Os jogadores podem ser pessoas ou grupos que agem em uníssono, tanto pela palavra de seu chefe quanto de outra forma.

525 Para os dois participantes o jogo é, nos seus resultados, assimétrico. Se o lobo adotar posição pacífica e deixar o cordeiro continuar suas atividades sem entraves, este obtém bons resultados (5 ou 6). Se o lobo adotar uma política agressiva – atacar e vencer o cordeiro, reduzindo-o à servidão, por exemplo – os resultados são piores. O cordeiro terá 2 se não resistir à agressão e 0 no caso contrário.

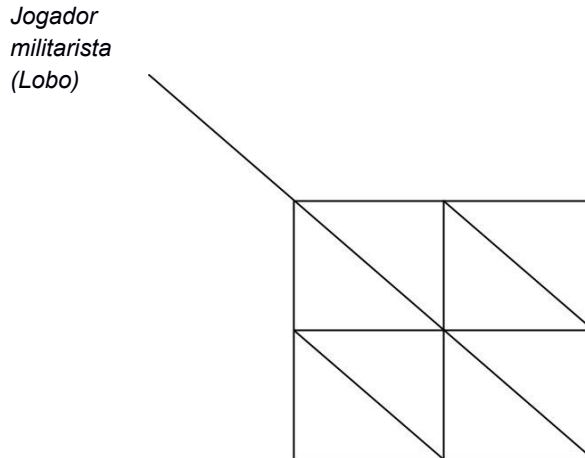
526 O cordeiro deve adotar que estratégia? Se o lobo for pacífico, a estratégia agressiva é a mais interessante: o cordeiro poderia se apropriar de uma parte dos bens do lobo e teria 6 maior do que 5. Se o lobo for agressivo, o cordeiro faria melhor se ficasse pacífico, o que lhe dá 2, mais do que 1, se resistir. Para o lobo, o jogo é simples. Qualquer que seja a posição que o cordeiro adote, é preferível adotar a posição agressiva.

528 Conhecendo a atitude que o lobo adotará, o cordeiro poderá, então, veri-ficar que para ele a posição pacífica é a melhor. Os jogadores irão se encontrar na casa sudoeste do diagrama.

3. DOMINAÇÃO COM TRIBUTO

529 Esta situação permite que os jogadores prevejam mudança de situação que traga vantagem para cada um. Se os jogadores puderem se situar na casa nordeste, o cordeiro obterá ganho espetacular. A mudança impõe uma perda

ao lobo; mas, se o cordeiro aceitar transferir uma parte de seu ganho, de for-ma a compensar tal perda acrescida de um prêmio, encontrará, igualmente, interesse por tal mudança. A mudança terá lugar se o cordeiro entregar um **tributo** ao lobo para "comprar" a paz (Diagrama I, 5.2).

Diagrama I, 5.2 – Jogo de dominação com tributo

530 Com o pagamento **do tributo** de 1,5 ao lobo, a casa nordeste representa ganho de Pareto para os dois jogadores em comparação com a situação na qual o jogo levará à ausência de entendimento. O valor preciso de 1,5 é arbitrário. Todo tributo que permitir que o lobo obtenha um ganho de 3 (5 – 2) em face do cordeiro é possível. A troca é plausível na medida em que a atividade pro-dutiva, desde que se prenda à agricultura, engendra, de regra, ganhos supe-riores aos frutos da espoliação sem controle. A espoliação "matará a galinha dos ovos de ouro".

531 O acordo é estável no tempo desde que o cordeiro, vítima de tal *forcing,* não seja induzido a adotar posição agressiva. Em caso de golpe, os jogadores irão para a casa nordeste do diagrama, mas, na próxima rodada, isso ocorrerá na casa sudeste e depois na sudoeste, casa de início.

532 O arranjo a que se chega é voluntário, no sentido de que cada jogador encontra nele seu interesse, considerando a situação em que se encontraria se agisse de outra forma. Esse é o motivo pelo qual as pessoas o aceitam. Isso constitui um contrato social que tem característica "forçada", visto que tem base na opção subjacente de utilizar a força (o *hold up*), que se evita com o acordo. Tal contrato social é menos estável do que aquele concluído conforme o modelo de cooperação para produzir um bem coletivo.

Mudança da atitude, do lobo ou do cordeiro, em ações militares bastaria para provocar revisão. A vitória de Teseu sobre o Minotauro pode ser interpretada como tal revisão.

4. A ORIGEM DO PODER E SUA PROPAGAÇÃO

533 Os modelos aqui expostos explicam como pequenas comunidades pude-ram existir sem autoridade pública aparente, como os antropólogos demons-traram empiricamente e como Taylor demonstrou teoricamente. Todavia, segundo a lapidar fórmula de Jasay, "a anarquia, se forem aceitáveis os prece-dentes históricos como determinantes, não sobrevive".[10] Como se explica que comunidades sem Estado quase desapareceram em todos os locais?

"A formação dos Estados na maioria das sociedades resulta direta ou indiretamente, ao menos em parte, da proximidade com Estados já existentes. Essa formação secundária de Estados é relativamente fácil de compreender. As sociedades sem Estados são sub-jugadas, colonizadas ou absorvidas por Estados."

"La formation des États dans la plupart des sociétés est la suite directe ou indirecte, au moins en partie, de la proximité d'États déjà existants. Cette formation secondaire d'États est relativement facile à comprendre. Les sociétés sans État sont subjuguées, colonisées ou absorbées par des États."[11]

534 A comunidade sem autoridade estatal constituída e, por hipótese, rela-tivamente igualitária, poderia sobreviver por si mesma (*laissée à elle-même*), durar séculos. A "*commonwealth*" da Islândia existiu assim, sem Estado cons-tituído, dos séculos IX ao XIII.[12] A situação é estável enquanto o modo de vida do grupo não produz muita riqueza que desperte a inveja dos outros. É o caso de sociedades nômades ou que vivam da colheita de frutos. É preciso cuidar da agricultura antes que se possa acumular riqueza. A acumulação de riquezas no seio de um grupo desperta a tentação de outros de disso se beneficiarem. Passarão à ação. Ameaçada por uma sociedade já estatizada, a comunidade sem autoridade tem interesse em organizar sua defesa. Historicamente, o meio mais comumente empregado é a indicação de um chefe militar com poderes necessários para organizar a defesa. A designação de tal personagem para campanhas pontuais, ou por tempo indeterminado, pode ser explicada pelas considerações formuladas acima relativamente às equipes. O poder centralizado é uma instituição eficiente para organizar um exército.

10. "*[a]narchy, if historical precedent is to be taken as conclusive, does not survive*", de Jasay 1989, "uma) anarquia, se precedente histórico for considerado conclusivo, não sobrevive" de Jasay, 1989.

11. Taylor 1982, 130 (tradução); ver também 168. Isso explica o esforço extraordinário fornecido para derrubar os muros ao redor das cidades do Oriente Médio cerca de 3 mil anos atrás J.-C. Ver Dudley 1991.

12. Como fazer para demonstrar notadamente Taylor 1982; ver também van Creveld 1999, 2-10. A Islândia, nos primeiros tempos após o início da colonização a partir de 870, constituiu uma so-ciedade desse tipo dos séculos X ao XIII. O elemento perturbador parece ter sido a introdução, em 1096, do imposto, que cria a tentação de furtar do poder de imposição. A consolidação do poder nas maõs dos chefes das famílias e as lutas entre eles que se seguiram terminaram por minar o sistema. A partir do início do século XIII, o rei Hákon da Noruega retomou o controle supremo do país. Ver Solvason 1992, 1993; Eggertsson 1990, 3-7 ss.

535 A missão confiada ao chefe militar pressupõe certo poder de coação. As pessoas que recebem tal poder podem ser tentadas a conservá-lo na medida em que isso permita aproveitar-se do esforço dos outros.

536 As ações do chefe para consolidar e aumentar seu poder são feitas à custa da vigilância dos outros membros: eles o porão em seu lugar. Para evitar isso, o chefe pode recorrer à astúcia. Esconde seu jogo temporariamente, serve-se, em seguida, de seu poder militar (fazendo, bem entendido, promessas a seus soldados), para eliminar a oposição. Aos cidadãos descontentes resta a possi-bilidade de fugir e fundar uma nova comunidade. Para Taylor, a divisão (*fissio-ning*) é característica das sociedades sem Estado.[13] Para o estabelecimento e a consolidação do poder é precisão, então, além de um certo nível de desenvol-vimento econômico, certa densidade populacional, expondo uma sociedade aos seus vizinhos e rivais (eventualmente sem poder central), o que leva à necessidade de se organizar militarmente, e, para evitar a tendência ao fracio-namento, um território cercado por montanhas, pelo deserto ou pelo mar, do qual seja relativametne difícil escapar, evadir-se.

537 Historicamente, o poder não parece inevitável, mas uma vez descoberto, e em qualquer lugar, tende a se manter de forma irreversível. Na interação en-tre uma sociedade sem Estado e uma sociedade estatizada, a primeira tende a ter o papel do cordeiro e a segunda o papel do lobo. O cordeiro confia ao lobo, mediante tributo, sua defesa contra outros lobos.[14] Ou, então, o lobo subjuga os cordeiros.[15] A dinâmica do poder constituído se estende dessa forma.

538 Quanto mais o lobo se utiliza dessa ação, mais cresce seu poder, o que lhe permitirá empreender outras conquistas. O poder tem a tendência de se concentrar. Os grandes impérios estabelecidos na China, no vale do Indo, na Mesopotâmia, no Egito, na América Central e no Peru são ilustrações históri-cas disso.

539 Até a comunidade que não se organiza militarmente para resistir melhor aos seus vizinhos que desejariam atacá-la arrisca-se a não escapar à tomada de poder. O chefe militar nomeado temporariamente desejará tornar sua situa-ção permanente e até transmiti-la a seus herdeiros (para garantir sua velhice e evitar lutas sucessórias). A consolidação do poder permite-lhe, então, utilizar suas prerrogativas para além da defesa, a primeira justificativa, e servir-se dele para enriquecimento pessoal ou para prestar favores aos seus próximos

13. Taylor 1982, 135.

14. Esta era também a natureza do contrato feudal individual: a pessoa procurava a proteção do senhor, aceitando, em contrapartida, de prestar-lhe serviço ou de ficar a ele direta e pessoalmente ligado. Ganshof 1982, 13; também Kerkmeester 1989, 117.

15. A observação comporta exceções. Nos séculos XVI e XVII, a República das províncias unidas, toda a anarquia existente enquanto era uma união livre de cidades invejosas de sua autonomia, con-seguiu ganhar uma guerra de independência e se defender contra Estados inimigos cuja população era muitas vezes mais numerosa. Ver Plumb [1965]/1988, xxii.

e a outras pessoas de sua escolha. Uma vez que o poder estiver assentado, quem poderia impedir essas manobras?

540 Os cenários aqui esquematizados levam a uma conclusão pessimista. Se o poder estatal pode ser, na origem, criado para atender ao interesse geral, seja para defesa, manutenção da ordem pública no seio do grupo, seja para a realização de grandes obras coletivas como sistemas de irrigação, plausível que sobreviva a essas causas, sendo empregado para redistribuir a riqueza a pessoas que não a merecem, o que se faz a pretexto do interesse geral.

5. O DILEMA DO PRÍNCIPE

541 Uma vez estabelecido o poder central, aparecem as desigualdades que emergem de fonte até então desconhecida nas sociedades sem Estado. O po-der servirá para redistribuir uma parte da produção da sociedade ao detentor do poder, a seus próximos, e a qualquer pessoa que venha a designar, e pelas razões que decidir. É, pois, evidente que o chefe se reserva o exercício exclusi-vo da força a fim de evitar se ponha em questão sua posição ou suas decisões. Tudo isso permitirá a consolidação do poder.

542 A redistribuição constitui entrave à propriedade privada dos meios de subsistência dos cidadãos e, por isso, prejudica a atividade econômica que proporcione a base para tal redistribuição. O príncipe, titular do poder, mes-mo se não se der conta disso, enfrenta a escolha entre o consumo imediato desse bem (extorção acentuada), e uma retenção relativa fundada na esperan-ça de uma base mais bem alinhada por meio de alguma benesse e do cresci-mento econômico. É uma escolha do empresário, uma disputa, se se quiser, entre o consumo e o investimento.[16] A consideração explica também por que, como observa Olson, a população sujeita a espoliações preferiria o *bandido se-dentário* (*bandit stationnaire*) ao *bandido nômade* ((*bandit nomade* (*roving bandit*)), este sem qualquer interesse em deixar o quer que seja para suas vítimas.[17]

543 A escolha fica complicada por outras restrições que o príncipe enfrenta. No interior as pessoas poderiam tentar se subtrair de sua empresa ou, pior, se rebelar e o destronar. No exterior um príncipe rival poderia vencê-lo mili-tarmente e destroná-lo: a conquista de um vizinho poderia parecer melhor do que o crescimento econômico, incerto, em casa.[18]

16. Atualmente, o presidente Mugabe, de Zimbabwe, parece ter escolhido o extremo do consumo imediato em detrimento dos cidadãos daquele país pobre

17. Olson 1993.

18. Para estimular a economia, o príncipe teria interesse em optar pelo “investimento”, quer dizer, pela relativa liberdade econômica em face do crescimento de longo prazo. Deve, porém, adotar me-didas imediatas para se defender de ameaça externa, mesmo que vinda de potência econômica menos poderosa, mas superior no plano militar. O dilema parece eterno. Ver Kennedy 1988, 539. Brenner 1985, c. fez observações interessantes sobre o dilema do príncipe.

544 Ao longo da história, os príncipes se mostraram, inegavelmente, hábeis “empresários”; os menos aptos viram seus “principados” tomados por outros. Há um processo de concentração progressivo e de consolidação do poder que dá lugar a reinos ou impérios cada vez maiores. O processo tem analogia com aquele da concentração industrial, bem conhecido dos economistas.[19]

545 A experiência histórica mostra, efetivamente, uma concentração progres-siva do poder e, em algumas regiões do mundo, impérios nos quais os titu-lares do poder se banhavam no luxo. A Europa ocidental constitui notória exceção a essa dinâmica de concentração. Como será explicado em capítulo ulterior, a dispersão do poder e a contínua competição entre seus titulares foram condições especiais que permitiram a descoberta dos princípios do Es-tado de direito e dos direitos fundamentais nessa região.

546 Nas páginas precedentes apresentamos história estilizada da origem do poder usando a escolha racional dos cidadãos, e de quem for convidado para exercer o poder, em situação que exige a produção de um bem coletivo como a defesa ou um sistema de irrigação. Ao procurar a origem dos Estados no consenso do contrato social, ou no exercício do poder,[20] a dinâmica atualizada aponta para dupla conclusão de uma progressiva e irreversível estatização das comunidades, e de uma associação entre Estado e exercício do poder, com o risco de abuso daí decorrente. Sugere a precariedade da tese segundo a qual a segurança dos cidadãos pode ser obtida sem recurso à fórmula do Estado. Na formulação lapidar de North, não é possível fazer o Estado desaparecer.[21]

547 As sociedades ocidentais viram, progressivamente, ser estabelecido um conjunto de instituições tendo por fim enquadrar o exercício do poder e pre-venir seu abuso; com o tempo, transformaram-se em democracias representa-tivas. Convém examinar o que se pode extrair do modelo da escolha racional aplicado a esse tipo de sociedades.

Seção 2

A ordem política atual

548 O estudo da ordem política por intermédio do modelo da escolha racional é domínio específico da escola da *public choice* (escolha coletiva).[22] **A** *Public*

19. Snidal 1986, 32, chama a atenção para essa analogia.

20. Ponto sobre o qual a unanimidade está longe de ser acançada entre os sábios. Oppenheimer [1880]/1997, 9 e de Jasay 1998, 16, por exemplo, o procuram na conquista; de Jouvenel [1947]/1972 na soberania.

21. “*You don’t get government out*.” North 1999, 23.

22. *Public choice* levou à produção de volumosa literatura. Obras clássicas: Downs 1957; Bucha-nan/ Tullock 1962; Olson 1965; Niskanen 1971; Becker 1983. Introduções não técnicas no campo:

choice partilha, com a economia neoclásssica, **a premissa** de que os fenôme-nos coletivos devem ser explicados como composições de ações de atores in-dividuais que, se presume, agem racionalmente e de conformidade com seus próprios interesses. A premissa pode ser justificada pela consideração de que seria espantoso ver pessoas, que escolhem suas ações racionalmente e se-gundo seus próprios interesses na esfera privada, **imbuídas** de angelicismos desde que eles entrem na esfera da ordem pública.

549 A análise consiste, pois, em determinar inicialmente a natureza do interes-se próprio de diferentes grupos de atores na vida política; depois estabelecer, em relação às constrições interentes às democracias representativas, os com-portamentos que deveriam adotar e, enfim, observar se as predições extraídas da teoria oferecem explicações interessantes e se são conformes à realidade. Para fixar as ideias, admitamos que, em democracias representativas, quatro grupos de atores influenciam, de forma importante, as iniciativas a serem ado-tadas como funções ou missões do Estado. São os cidadãos, eleitores, os eleitos ((políticos, tanto para o executivo (governo) quanto para o parlamento (con-gresso)), membros das administrações (repartições e agências), por intermédio dos quais as ações do Estado são postas em prática, e grupos de interesse que tentam influenciar a ação do governo em sentido favorável a seus membros.[23]

1. O CIDADÃO ELEITOR

• Objetivo

550 O cidadão vota nas eleições e nos referendos. Seu interesse próprio é votar para que sejam adotadas ações e programas estatais dos quais receberá perceptível vantagem. A vantagem pode ser financeira ou moral. O cidadão pode, por exemplo, favorecer o político ou o partido político que promete apoiar causas culturais, morais ou caritativas que lhe são caras.

• Contexto

551 Importa, agora, entender o contexto no qual o cidadão pode perseguir seu interesse. Ao votar, o cidadão escolhe entre muitas combinações de ações ou programas propostos pelos diversos candidatos. Enquanto numa operação privada ele escolhe, em geral, um só objeto por vez, seu voto político recai sobre um objeto composto. Certos componentes são, para ele, vantajosos, outros têm efeitos contrários e outros, enfim, podem ser-lhe indiferentes.

Mitchell/Simmons 1994; Wagner 1990; Udehn 1996 apresentam excelente introdução crítica, que compara as contribuições da *public choice* à análise dos fenômenos políticos aos da sociologia política. Em francês: Crozet 1997; Généreux 1996 (tradução de um conjunto de textos clássicos publicados em inglês); Lafay/Lecaillon 1992.

23. Certos autores acrescentam as mídias. Trebilcock et al. 1982, 15; Tullock 1993, 40.

552 Muitos pontos do programa político recaem sobre objetos que são, por si, complexos em função das múltiplas repercussões que produzem. A título de exemplo, pode-se pensar na decisão de um país de celebrar, ou não, um tratado de livre comércio com países vizinhos ou aderir a um mercado comum criado por um conjunto de outros países. Põe-se a questão de saber como o cidadão se informará dos detalhes da escolha que lhe é proposta.

553 Terceiro elemento do contexto é que, para eleger o candidato cujo progra-ma é o preferido pelo cidadão, são necessários muitos votos. Resulta daí que o voto individual do cidadão não será, de regra, decisivo. O cidadão poderá, a justo título, refletir sobre a política adotada que, no final, será determinada pelos outros, qualquer que seja a forma pela qual vote. Essa reflexão vale, no-tadamente, nos sistemas de representação proporcional e, também, naqueles de eleição por circunscrições (distritos), em que, em cada circunscrição, é eleito o candidato que obtiver a maioria dos votos.

554 Por fim, o cidadão pode pensar que há pouca certeza de que o candidato, uma vez eleito, cumprirá o programa proposto, e que, de toda forma, não existe, contra o candidato que deixe de fazê-lo, ação por inexecução. Nada obstante, ele pode votar contra o candidato traidor na próxima eleição.

• Comportamento característico

555 Essas condições levam ao que se convencionou denominar de *ignorância racional* do eleitor. De maneira geral, os esforços realizados e as despesas assu-midas para se informar, para tomar decisão importante, dependem do ganho realizado ou da perda evitada se se tomar a decisão boa e não a ruim. O custo de obter informações tem como teto a diferença entre resultados obtidos no caso de decisão boa e ruim. Ora, o cidadão, ao perceber que seu voto não fará diferença, concluirá que não pode esperar obter qualquer ganho, ou evitar uma perda, votando em determinado candidato, mais do que se votar em outro. O resultado é o mesmo, qualquer que seja o candidato em que se vote. Mesmo se seu candidato preferido ganhar, o ganho que o eleitor aufere pessoalmen-te é mínimo, às vezes nenhum. Em consequência, o investimento pessoal e financeiro que, racionalmente, aceitará fazer para se informar sobre os desti-nos da eleição é nenhum. Tudo que faça em relação à informação é para seu prazer, como atividade de consumo. Essa constrição levará a não aceitar senão as informações cuja aquisição seja pouco custosa: fornecidas gratuitamente, fáceis de digerir e, eventualmente, divertidas. Não espanta, pois, constatar o papel cada vez mais importante das campanhas eleitorais, da imagem dos candidatos e de suas famílias, dos *slogans* políticos assim como dos “debates dos chefes”. A televisão não faz mais do que acentuar esse desenvolvimento.

556 Essas considerações valem para o eleitor em geral. Ele pode, com isso, chegar a uma eleição em que uma política proposta afeta particularmente a um grupo definido de eleitores. Pode-se pensar, a título de exemplo, em um programa de suporte aos agricultores, ou a uma lei que abolirá o controle dos

aluguéis, ou, ainda, uma lei que obrigará todos os empregados de uma em-presa a aderirem ao sindicato formado internamente. Para tais eleitores será racional tratar a eleição como se voltada, exclusivamente, para tal questão; de se coligarem com eleitores que tenham o mesmo interesse e acordarem, cole-tivamente, em votar no candidato que adotar, de forma mais precisa e fechada na sua proposta, aquilo que seja de interesse do grupo de eleitores. Esses eleitores irão se informar mais detalhadamente sobre o quadro concernente a seus interesses e apresentar –, ou fazer sejam apresentadas – aos candidatos questões específicas sobre esse ponto. Estratégias semelhantes são promisso-ras se o apoio do grupo puder fazer a diferença entre a eleição do candidato e sua derrota. O candidato, por seu lado, tem interesse em ouvir os eleitores e fazer-lhes promessas. Temos aqui a obra da lógica do grupo de interesse que será analisada mais a fundo abaixo.

2. A CLASSE POLÍTICA

• Objetivo

557 Tentador pensar que os políticos[24] entram para a política por idealismo e se esforçam para agir no interesse geral. Sem dúvida, essa percepção tem uma parcela de verdade. A questão nevrálgica é saber se tal óptica – e os candida-tos que a inspiraram – pode persistir diante das constrições próprias do regi-me eleitoral em democracia representativa. Porque o candidato que desejasse perseguir o interesse geral em política, arriscar-se-ia muito a ser vencido por aquele que promete a seus eleitores programas que lhes sejam pessoalmente vantajosos. Pela lógica darwiniana, o idealista desaparece da cena política em favor daquele que consegue ser reeleito. Se os candidatos não forem capazes de se abeberar nessa dinâmica, os partidos políticos de que sejam membros sem dúvida o são. Os partidos têm interesse de chamar os candidatos que não visarem à reeleição, impedindo que se apresentem. Analisemos o comporta-mento do pessoal político como se a reeleição – portanto a busca de votos – fosse a força dominante.

• Contexto

558 Na democracia representativa, o político tem papel de árbitro na atri-buição de programas procurados por diferentes grupos de clientes-eleitores. É um *powerbroker,* ou, para dizer de outro modo, ele compra os votos com o dinheiro público na forma de programas prometidos aos eleitores. A fim de ser eleito, deve convencer seus eleitores de ter adotado as ações prometidas e propor outras que lhes convenham, tendo em mente a forma pela qual os eleitores se informam. Deve cuidar de sua imagem. Deve evitar ações que afetem, negativamente, sua credibilidade. Sua meta é a próxima eleição.

24. O termo é empregado aqui sem conotação negativa que há, às vezes, na França.

559 Os programas que o político promete a seus eleitores devem ser votados no parlamento. Se o programa é de interesse geral e foi objeto de numerosas promessas por diferentes políticos, não haverá qualquer problema. Mas, se se tratar de um programa específico que beneficia um grupo restrito na cir-cunscrição do político, o problema se põe diversamente. O político necessita do apoio de outros políticos que, *a priori,* nada têm a ganhar com esse apoio aos olhos de seus próprios eleitores. Os outros políticos se veem, por isso, na mesma situação em face de outros programas. Os políticos podem, então, permutar bons processos: eu apoio sua proposta (mesmo se for indiferente a ela, que pode até ser ligeiramente desvantajosa) com a condição de que em situação análoga haverá apoio para a minha. O fenômeno é conhecido nos Estados Unidos da América sob a denominação de *logrolling.* Resulta daí que as ações efetivamente adotadas em nome do Estado podem, muito bem, se afastar daquelas que os políticos tinham, individualmente, apresentado a seus eleitores, e também a orientações para as quais uma maioria dos eleitores votaria se fosse consultada sobre o ponto.

• Comportamento característico

560 Essas restrições determinam muitas caraterísticas importantes do com-portamento dos políticos na democracia representativa. Pode-se resumi-las nos vocábulos "o visível e o invisível" e "as vantagens concentradas e os cus-tos dispersos", "a miopia", e a "a semelhança de programas".

a. O visível e o invisível[25]

561 O político sabe que os eleitores, de regra, não se preocupam em obter informação completa sobre as questões envolvidas nas eleições, mas fazem parte de um grupo organizado que seguem de perto. A distinção leva o polí-tico a uma estratégia baseada entre o visível e o invisível. Trata-se de tornar visíveis as vantagens de um programa escondendo seus custos. O político tem outro interesse em considerar tais vantagens como frutos de sua ação, mesmo que resultem de atos de outras pessoas ou de fatores conjunturais, naturais ou aleatórios. Para os beneficiários do programa – o grupo de interesse que o elegeu –, ele insistirá sobre as vantagens do programa e sobre seu talento em cumprir promessas. Se, por acaso, alguém do público lhe perguntar sobre o custo, ele minimizará o valor. Comparando os dois discursos, não se poderia senão concluir pela esquizofrenia ou pela mentira.

562 A lógica do visível e do invisível explica que os políticos detestam crises (e escândalos) sobre cujo desenvolvimento não dispõem de controle, mas adoram poder propor soluções ou remediar tudo o que venha a ocorrer mes-mo se a crise for fruto de sua decisão política anterior. O político atua sobre

25. *Cf.* Bastiat [1848]/1983.O artigo que dá nome à coleção está nas páginas 177-229.

os medos que pretende pacificar; evoca “crises iminentes” para obter a adesão do público a um novo programa que preconiza (em matéria ambiental ou de proteção das espécies, por exemplo).

563 O político prefere criar programas cujos custos não apareçam na con-tabilidade pública. O controle de aluguéis, por exemplo, dá uma vantagem aparente aos locatários sem que as contas públicas demonstrem algum custo a eles associado. Em verdade, o programa cria, no momento de sua implan-tação, uma perda de capital para os proprietários e, em consequência, uma diminuição da mobilidade dos locatários, que se traduz, entre outras, pelas dificuldades crescentes para os jovens casais de encontrarem um imóvel para alugar.[26] Todos esses custos não aparecem nas despesas do governo e estão, portanto, relativamente, ao abrigo do exame parlamentar.

564 A mesma lógica explica a predileção do governo pelos impostos sobre a renda na fonte e pelas taxas incorporadas aos preços dos produtos. Quanto ao imposto sobre a renda, é nominalmente progressivo, o que satisfaz quem reclama por justiça social. Mas os grupos de interesse conseguem seja criada uma série de isenções cuja aplicação é relativamente complexa. Estas não são visíveis senão para os especialistas – contadores, tributaristas –, cujos servi-ços se justificam apenas para pessoas de renda elevada. Ou seja, as isenções não se aplicam senão às rendas elevadas ou excepcionais. Por tais motivos as isenções não são tornadas visíveis, salvo pelos afortunados que delas se aproveitam. O imposto sobre a renda é, em realidade, liquidamente menos progressivo do que o discurso público quer fazer crer. Observando-o com cui-dado, a real progressividade é quase nula, e alguns propuseram um imposto suplementar, proporcional (*flat tax*), valorizando o custo de administração líquido inferior.[27] Levando em conta as constrições do discurso público que acabamos de apontar, essa política tem poucas possibilidades de ser adotada nas atuais economias avançadas.

b. Vantagens concentradas e custos dispersos

565 A lógica do visível e do invisível está ligada a outra lição central de *public choice,* a saber, que os políticos tendem a criar políticas com vantagens concen-tradas e custos dispersos.[28] Essa tendência é explicada visto que os eleitores, geralmente, se informam pouco, mas de maneira detalhada, eventualmente por interposto grupo de interesse, sobre os programas que lhes concernem de modo direto e importante. O político é bastante incentivado a criar programas

26. Sobre os efeitos não desejados do controle de aluguéis, existe abundante literatura econômica, resumida em Arnott 1998 e em Klappholz 1987.

27. Hayek [1960]/1978, c. 20, 306-323; Friedman/Friedman 1980, 306; Buchanan 1984, 50; Bucha-nan 1997, 165-179, 169-170.

28. Wagner 1996, 8-28.

que favoreçam os membros desses grupos. Ao mesmo tempo, para evitar opo-sição a seu programa e não gerar ciúmes, o que é politicamente perigoso, tem interesse em tornar o custo invisível fazendo com que recaia sobre o conjunto de contribuintes, pagadores de impostos, por exemplo, ou sobre aqueles que não podem protestar, como os jovens que não têm, ainda, direito de voto ou as gerações futuras. O déficit que o governo cria hoje engendra dívida pública que será reembolsada em data futura e por outros. A inflação, cuja superve-niência a que a ciência econômica atribui, principalmente, a excessiva criação de moeda pelo Estado, permite despesas imediatas (efeito visível), tributando implicitamente uma classe difusa e não coesa de pessoas com rendimento fixo (os rendeiros, por exemplo), que não podem protestar. A inflação mina, no médio prazo, a credibilidade da moeda nacional, o que impacta os capitais – efeito nefasto de que se ocupará geração futura de políticos. As subvenções acordadas agora, para criar empregos ou preservá-los em uma empresa que deveria, de outro modo, fechar as portas, criam a aparência de efeito positivo imediato e visível, enquanto o custo, que mantém uma empresa periclitante ou a produção a custo injustificável perante a concorrência internacional, é suportado por consumidores que disso nem se dão conta.[29]

566 Quanto a medidas desagradáveis que o político não pode evitar tomar, invocará, como justificativa, forças que não controla: governos precedentes, potências estrangeiras, a conjuntura internacional.

c. A miopia

567 Costuma-se dizer que empresários, buscando lucro no curto prazo em detrimento do longo prazo, obrigam o governo a intervir para fazer valer con-siderações de longo prazo. Na realidade, as incitações não são estruturadas dessa forma. Se uma atividade não for rentável exceto no longo prazo, o em-presário pode, perfeitamente, investir nela visando a realizar esse lucro. Como outros são movidos pelo mesmo espírito, desenvolve-se um mercado para o comércio de valores que só se realizarão no longo prazo. Atualmente, muitas empresas pequenas recorrem à Internet para atrair capitais e negociam sob tal perspectiva. Nada, no funcionamento do mercado, se opõe à preservação de valores que só se realizarão no longo prazo. O fenômeno se vale da especula-ção, que já foi tratada em capítulo anterior.

568 Isso vale para os ativos de que a empresa dispõe atualmente. Se os ativos – por exemplo, um edifício para locação – têm valor de longo prazo, e se a in-competência dos administradores da empresa põe este valor em risco, o valor capitalizado da empresa baixa e ela pode ser alvo de tentativa de tomada de controle. O empresário-adquirente, ao modificar as expectativas quanto aos ativos, poderá obter melhor rendimento, ganho futuro de que pode se utilizar

29. Ver, por exemplo, Boucher/Palda 2000, 39 ss.

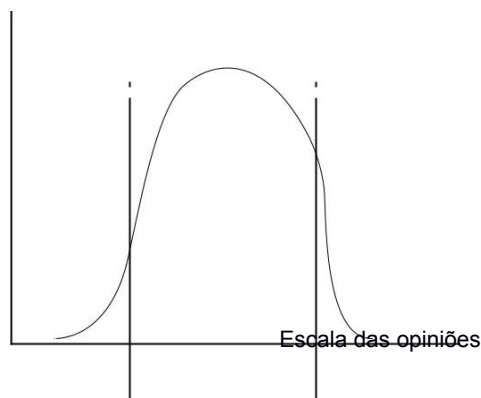
para comprá-la agora. A potencial melhora da gestão se traduz em valor ca-pitalizado mais elevado. Dessa maneira, o valor futuro dos ativos da empresa repercute sobre os incentivos dos atuais administradores.

569 Compare-se com a situação do político. Se ele tem sucesso em fazer apro-var uma política cujos efeitos apenas serão visíveis no longo prazo, não é a ele que se liga o reconhecimento do que resultará, mas ao político que for eleito. Pode-se pensar que a boa ação empreendida hoje, mas que gera frutos no fu-turo distante poderia aproveitar ao partido ao qual o político pertence. Mas a pouca atenção que os eleitores dedicam para se informar sobre a história da coisa política (memória seletiva) torna essa perspectiva ilusória. Daí que o político favorecerá as iniciativas cujos efeitos positivos sejam visíveis antes da próxima eleição. As constrições do sistema político lhe impõem vida breve.

d. A semelhança de programas

570 Os eleitores estão divididos sobre a maioria das questões que animam a cena política. Presumamos que, em relação a uma série de questões ligadas, as opiniões se dividem em uma escala que vai da esquerda para a direita. As opiniões poderiam ser apresentadas segundo uma curva de opiniões com a forma indicada no Diagrama I, 5.3, não necessariamente simétrica.

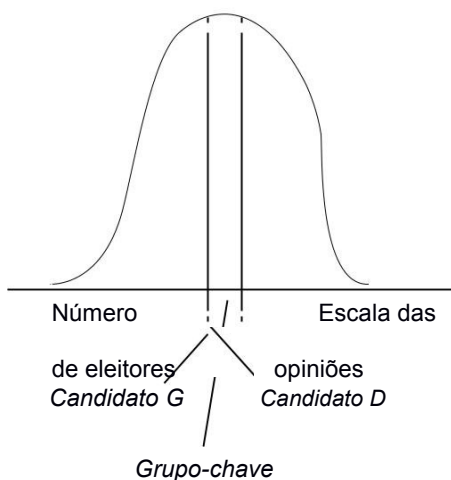
571 Suponhamos que, em dada região, enfrentem-se dois candidatos que inicial-mente definem suas posições segundo as próprias convicções e se diferenciam claramente sobre a escala. O primeiro se situa à esquerda da média, o outro à direita. Suas posições estão marcadas por linhas verticais no Diagrama I, 5.3.

Diagrama I, 5.3 – Posicionamento inicial dos candidatos

Candidato G

572 No momento da eleição os eleitores à esquerda do candidato G votarão nele, pois o outro canditado está irremediavelmente mais afastado de sua po-sição ideológica a ponto de ser inaceitável. O mesmo se dá com os eleitores à direita do candidato D em relação a este. Entre as duas posições, há um grupo de eleitores que poderiam votar em um ou no outro candidato, pois sua posi-ção ideológica fica à distância mais ou menos comparável dos dois.

573 Para vencer, um candidato deve obter a adesão desse grupo. Ele o faz re-definindo sua posição ideológica em direção ao meio da escala. Consequência disso é poder contar com os votos correspondentes à extremidade da curva, distantes de sua própria posição – a alternativa parecerá, sempre, pior para os eleitores desta parte – e também com os votos novamente conquistados no meio da escala pela mudança ideológica. Como os dois candidatos raciocinam da mesma maneira, o efeito líquido dessa dinâmica é que as posições de ambos terminem por se aproximar. Os candidatos fidelizam, dessa forma, boa parte do eleitorado e a eleição se trava finalmente sobre os votos do eleitor do centro. Eles formam um grupo-chave, o *swing vote* em inglês (Diagrama I, 5.4).

574 O esquema exposto é conhecido sob o nome de teorema do eleitor médio ou central. O teorema atribui aos eleitores do centro ideológico influência desproporcional sobre as políticas que serão adotadas. Os que desejarem pro-gramas precisos de governo têm interesse em fazer os políticos acreditarem que se situam nessa zona. É o caso das pessoas que se organizam como gru-pos de pressão, ainda que sejam minorias de toda a natureza.

Diagrama I, 5.4 – Posicionamento final dos candidatos

575 A literatura de *public choice* e de ciência política é desenvolvida sobre o realismo do teorema como descrição global do posicionamento dos partidos

políticos.[30] Seja ele qual for, o que precede permite compreender por que os grupos de pressão têm interesse em se perfilar como um *grupo-chave* ao se situarem entre os dois candidatos e lhes prometerem seu apoio apenas se tiverem como contrapartida as promessas que lhes sejam favoráveis.

576 No conjunto, as considerações precedentes permitem ver por que não é plausível explicar a política presumindo que os políticos sejam movidos por seus ideais de serviço público e interesse geral. Eles levam a duvidar que o exercício do poder e os programas adotados reflitam, necessariamente, o pon-to de vista da maioria dos cidadãos sobre o interesse geral.

3. A BUROCRACIA[31]

• Objetivo

577 A burocracia ou administração é o conjunto de organizações por meio das quais o Estado executa suas funções. Dela fazem parte ministérios, em todos os níveis do governo, forças policiais, agências e escritórios na área da saúde, seguridade social, proteção ao consumidor ou meio ambiente, ensino, organismos que disciplinam profissões de exercício exclusivo ou reservado, empresas estatais (Hydro Québec) e comissões que as fiscalizam; organismos de ficalização e regulação em matéria de transporte, radiodifusão, telecomu-nicação, entre outros.

578 Que objetivo se deveria perseguir? Não podem maximizar seu lucro de longo prazo, pois, em geral, a burocracia presta serviços sem contrapartida direta (como há no mercado) ou a preço inferior ao custo. Presumamos que os dirigentes burocratas sejam movidos pelo louvável intuito de prestar o melhor serviço possível. Se acreditam na sua missão, os burocratas dirigentes terão como objetivo ampliar o rol de suas atribuições e dos meios postos à sua disposição para tanto. Com o aumento de responsabilidades, vêm as re-compensas pessoais, como salário maior, mais pessoal, segurança de emprego aumentada, instalação mais luxuosa, veículo de serviço. Niskanen, refletindo, em 1994, sobre seu trabalho pioneiro de 1971, escreveu:

> "Minha hipótese anterior desejando que os burocratas agissem de maneira a maximi-zar seu orçamento deve agora ser revista para dizer que maximizam seu orçamento discricionário."[32]

30. Mitchell/Simmons 1994, 80; Dunleavy 1991, 92-98, 107; Mueller 1989, 189-193; Stearns 1997, 126-127; Udehn 1996, 198.

31. Sobre essa matéria, em geral, ver Niskanen 1994, que retoma, nas páginas 3-223, o estudo clás-sico que o autor publicar em 1971. Ver também Niskanen 1987, 135-140.

32. *"My prior assumption that bureaucrats act to maximize their budget should now be dropped entirely in favor of an assumption that they act to maximize their discretionary budget."*

• Contexto

579 A burocracia fornece serviços públicos e privados a título gratuito ou me-diante contrapartida que não é senão uma fração do custo. A bússola do lucro que orienta as escolhas dos agentes privados concernente ao tipo e amplitude dos serviços propostos faz falta aos responsáveis por organismos burocráti-cos. A burocracia não tem, como foco de orientação, índice a ser maximizado que reflita a satisfação dos clientes em relação ao custo.

580 Os orçamentos dos organismos burocráticos são votados pelo governo, logo pelos políticos. Entretanto, os políticos que devem avaliar o organismo e decidir seu orçamento dependem, em geral, de informações especializadas que estão, justamente, nas mãos do próprio organismo. A falta de índices fa-cilmente observáveis para mensurar a “performance” do organismo complica a tarefa.

581 Comum que o organismo burocrático, no seu setor, atue como monopo-lista. Isso é de bom-senso: um regime de múltiplos organismos burocráticos fornecendo o mesmo serviço atrairia a reclamação de desperdício de fundos pú-blicos. Ou a concorrência com empresas privadas corre o risco de ser falseada, dado que o organismo burocrático não precisa recuperar o total das despesas nos preços de seus produtos. O organismo burocrático é, por sua natureza, um concorrente desleal: não arrisca falir por conta de más decisões comerciais.

582 No curto prazo o organismo burocrático tem um orçamento limitado que não pode ser aumentado para responder à crescente demanda por seu serviço. Em uma empresa privada uma alta inesperada da demanda pode mobilizar, rapidamente, os investimentos necessários para aumentar a produção de ma-neira a fazer face a essa demanda. O organismo burocrático não segue essa lógica; empregará outros critérios para escolher entre os serivços que pode oferecer: aqueles que lhe dão mais visibilidade, os que prometem granjear-lhe melhor reputação ou que ofereçam menor risco de incomodar, por exemplo. A título de exemplo, consideremos as escolhas de um organismo de proteção ao meio ambiente, ou de proteção aos consumidores: que atividades deve inspecionar, que causas perseguir, quanto de recursos alocar em cada caso?

• Comportamento característico

583 O organismo burocrático visa a ampliar suas atribuições e aumentar seu orçamento. A poluição persiste apesar dos recursos significativos destinados à proteção ambiental? É que são sempre insuficientes. Deem-nos recursos mais elevados e verão a diferença. Substituam a poluição pela criminalidade, consumo de drogas, a evasão escolar, a greve, o nível e a qualidade dos ser-viços públicos de saúde, a segurança nas estradas etc., e ver-se-á aparecer a miríade de boas causas às quais os políticos são convidados a consagrar os re-cursos públicos. O organismo cria, de qualquer modo, aos olhos dos políticos que devem decidir sobre seu orçamento, a demanda para seu próprio serviço.

O aumento de atribuições do organismo é, pois, mais fácil para quem é, em geral, a principal fonte da informação necessária para avaliar seus resultados. O controle da informação sobre sua missão permite ao organismo, ainda, ma-nipular sua imagem pública, fornecendo aos meios de comunicação apenas as pesquisas favoráveis à sua causa.[33] Se seu orçamento correr o risco de ser di-minuído, pode deixar vazar informações sobre os serviços que deveria cortar e escolher aqueles que sejam particularmente sensíveis aos olhos do público. Isso pode criar a imagem de iminente crise e não faltará pressão sobre políti-cos – ministros, comissões parlamentares – que devem decidir a respeito de seu orçamento.

584 O organismo persegue sua missão com zelo. Sua missão não implica, necessariamente, o equilíbrio entre os valores que o organismo tem por fun-ção perseguir e aqueles que se encontram de fato truncados ou modificados. Pode-se reclamar das instâncias de proteção do meio ambiente nos Estados Unidos da América, seu "*tunnel vision*" que consiste em perseguir a agenda ecológica sem considerar os custos que impõe sob a forma de preços mais al-tos de produtos e serviços e de empregos perdidos ou exportados para países menos exigentes.[34] Daí resulta que os serviços oferecidos pelo organismo, e seu orçamento, crescem em geral mais rápido do que o que se observaria em uma indústria privada comparável.[35]

585 O organismo detesta as crises de cujo resultado não tem controle. Como todo monopolista, é levado a evitar inovações arriscadas que um empresário, em regime de concorrência, seria incentivado a fazer. O organismo que auto-riza a venda de medicamentos está submetido a uma estrutura concebida para que "um produto medicinal que, em alguns anos, teria permitido prolongar a vida de milhares de pessoas, permaneça proibido porque em nenhum caso pessoas desejariam assumir o risco de uma só morte que poderia ser imputa-da pelo jornal a seus efeitos cancerígenos secundários".[36] As vidas que teriam sido salvas são invisíveis; os pacientes mortos depois de terem consumido o medicamento são, ao contrário, bem visíveis nas mídias.

586 Inexistindo um critério claro de resultado, ou performance, como o lu-cro, como ordenar as prioridades e decidir se é, ou não, o caso de tomar uma determinada iniciativa? O cálculo é substituído pelos procedimentos

33. Os recursos limitados que as mídias podem dedicar à pesquisa, tendo em conta o pouco tempo que o público gasta para digerir as reportagens complexas, orientam as mídias para a informação fácil de obter e digerir. Em geral, ela vem de comunicados de jornal preparados pelos organismos públicos e por informações particulares ou "scoops" (vazamentos) fornecidos por eles. Para não trair essa fonte de informação, as mídias evitarão pontos de vista que contrariariam os organismos públicos. Daí aparece um viés geral em favor das intervenções públicas. Ver Trebilcock et al. 1982,
15 s.; Tullock 1993, 40-43.

34. Ver, por exemplo, Stroup 1995; Viscusi 1998.

35. Niskanen 1994, 77. Niskanen estima que os orçamentos no setor público crescem ao dobro do ritmo de uma indústria em circunstância comparável.

36. Lepage 1992, 190-191.

preestabelecidos, as rotinas. Elas não são propícias à inovação, salvo àquela que não gera mais risco, tendo sido já testadas em outros países ou no setor privado. O recurso às rotinas fixas recebe o nome de "burocratismo" (*bureau-cratique*), com sentido pejorativo.

587 A falta de critério preciso de decisão tem outra consequência enganosa. Como decidir quantas pessoas convém empregar para realizar tarefas con-fiadas ao organismo? Na dúvida melhor se prevenir contra qualquer even-tualidade (para evitar crises). O resultado é que os organismos burocráticos produzem, de regra, mais serviços[37] e empregam, em geral, mais pessoas do que faria a empresa privada para tarefas comparáveis.

588 Todas essas características deveriam ser revistas se o organismo fosse submetido à concorrência. Isso perturbaria o conforto do monopólio. Pode-se, assim, esperar que os responsáveis pelos organismos burocráticos se opo-nham à introdução da concorrência no seu serviço. Invocarão o desperdício de fundos públicos daí resultante, omitindo, judiciosamente, os custos, claro, invisíveis, resultantes das inovações que daí decorreriam.

589 Particular fenômeno pode ocorrer em organismos ditos de regulação, que têm como fim fiscalizar as empresas para garantir o respeito a certas normas. Pode-se pensar nos organismos de fiscalização dos monopólios "naturais" no campo dos serviços públicos (água, eletricidade, gás), telecomunicações ou transporte público.[38] Na América do Norte, a abordagem em relação aos monopólios "naturais" era conceder às empresas estatuto privado, mas sub-metê-las à fiscalização. A fiscalização tem por escopo evitar a exploração da situação monopolista, pelo controle de preços ou do benefício.

590 O organismo de fiscalização, que tem como função agir como cão de guarda no interesse geral, tem orçamento restrito e não pode exercer sua fun-ção de forma conveniente senão com a colaboração da empresa fiscalizada. O organismo de fiscalização e a empresa regulada estão envolvidos em relação de longa duração que tem características do dilema do prisioneiro.[39] Guerra aberta pode pôr em perigo o funcionamento do organismo de fiscalização e, por conta disso, a posição dos seus membros, o que tornaria os preços e as condições de serviço desconfortáveis. De uma e outra parte busca-se evitar a guerra aberta. Instaura-se, então, um clima de colaboração que impede o abu-so exagerado pela empresa regulada, mas que lhe assegura, em troca, confor-tável margem de lucro, o que aparece nas cotações das ações negociadas em bolsa. O organismo de fiscalização é "capturado" pela empresa fiscalizada que orienta as políticas do organismo em seu favor, em detrimento do público.[40]

37. Niskanen 1994, 77.
38. Ver, por exemplo, Posner 1999a.
39. Ricketts 1998.
40. Levine 1998, 267; Levine/Forrence 1990; Hägg 1997.

591 Estudo recente concluiu que a “captura” poderia ser reproduzida em qualquer situação se o organismo de regulação pudesse criar rendas para a empresa regulada estabelecendo tarifas, permitindo benefícios, controlando entradas no mercado, regulando o conteúdo ou a segurança de um produto, ou controlando o impacto ambiental das atividades da empresa.[41] É preciso que as políticas adotadas pelo órgão administrativo sejam muito complexas para subtraí-las do exame continuado dos políticos: os custos de transação as-sociados à fiscalização do organismo pelos políticos devem ser bastante eleva-dos. Isso cria margem de discricionaridade, de sorte que os responsáveis pelo organismo podem beneficiar a empresa fiscalizada, tendo como contrapartida vantagens em seu proveito. Outro estudo recente mostrou que se a captura não é universal ou inevitável, ainda assim é muito frequente para justificar os inúmeros estudos a ela dedicados.[42] Isso seria, sempre, difícil de estabelecer.

592 No conjunto, Niskanen, em 1994, realizou estudos de *public choice* sobre os organismos administrativos e concluiu que o crescimento das despesas governamentais ultrapassa o da demanda do público por serviços governa-mentais, e que a maior parte desse crescimento constitui desperdício no sen-tido de que serve aos interesses dos fornecedores dos serviços e do pessoal político, sem, entretanto, aumentar a oferta útil de serviços.[43]

4. GRUPOS DE INTERESSE

• Objetivo

593 Os cidadãos racionais, nas democracias representativas, aprendem rápido que a perseguição de seus interesses na esfera política resulta melhor pela

41. “*Capture can occur in any setting where a regulator can create economic rents: among the most common are in setting rates or rate classifications, determining allowable rates of return, allowing or restricting entry, regulating product content or safety and controlling environmental impacts. In all discourse, the phrase is almost never used with precision, and this creates much confusion.*” Levine 1998, 267. A captura pode ocorrer em qualquer situação em que o regulador possa criar ganhos econômicos; os mais comuns são a fixação de tarifas ou classificação de tarifas, determinando taxas de retorno confortáveis, permitindo ou restringindo a entrada, regulando o conteúdo do produto, ou segurança, e controlando impactos ambientais. Em todo discurso a frase nem sempre é empregada com precisão, o que cria muita confusão.”

42. Levine 1998, 271.

43. *“Even a cursory examination of the recent performance of the public sector provides some evidence consis-tent with two implications of my revised theory of the behavior of bureaus: (1) the increase of real government expenditures is likely to exceed the increase in the popular demand for government services; and (2) much of the increase in real government expenditures is likely to be waste – that is, expenditures that may serve the interests of the suppliers of the services and the political officials, but that do not increase the output of these services.”* Niskanen 1994, 279. “Mesmo um exame superficial dos resultados recentes do setor públi-co oferece alguma evidência consistente com duas implicações de minha teoria do comportamento de burocratas revisada: (1) o aumento real das despesas governamentais tende a exceder o aumento da demanda popular para serviços do governo; e (2) muito do aumento da despesa real do governo parece desperdício – isto é, despesas que podem atender o interesse dos fornecedores dos serviços e dos agentes políticos, mas que não aumentam a oferta desses serviços.”

via do grupamento do que pela da vontade individual ou da ação individual. O objetivo do grupo de interesse é obter vantagens para seus membros por intermédio da política. Trata-se de vantagens que não seriam acessíveis, ou apenas a custos bem superiores, por iniciativa individual ou pelo mercado privado. Entenda-se, o grupo pode ter interesse em empregar o vocabulário do interesse geral; a hipótese aqui adotada é, portanto, de que sua ação não se explica à luz da perseguição de vantagens para seus membros.

• Contexto

594 O grupo de interesse deve mobilizar as pessoas interessadas. Se for for-mado para perseguir o interesse comum dos membros, a comunidade de in-teresses apenas não garante que os membros agirão de maneira concertada. Cada um poderá ser tentado a se aproveitar dos esforços do grupo. Uma vez atingido o resultado, aproveitará dele como os outros. Há, pois, potencial-mente, um problema de ação coletiva.[44]

595 Tal problema será tanto mais agudo quanto o grupo seja grande. Inversa-mente, os grupos de interesse são, em geral, mais fáceis de se constituírem – e, portanto, numerosos – quando o número potencial de membros for reduzido. Entretanto, os custos de transação associados à mobilização de membros com um objetivo comum podem se reduzir graças às inovações no campo da te-lecomunicação (telefone, fax, Internet). O uso generalizado desses meios de comunicação facilita a constituição de grupos de interesse mesmo com grande número de pessoas, como no caso de iniciativa popular de um referendo sobre a redução de imposto, dita “proposição 13” adotada na Califórnia, em 1978. Alguns entendem que a extraordinária visibilidade política adquirida pelos grupos de homossexuais e lésbicas ao longo dos últimos 10 anos do século XX deve ser atribuída a esse desenvolvimento.

596 Se o problema da ação coletiva for superado, o grupo enfrentará um se-gundo problema, que é o de escolher os meios que permitam atingir os fins. Em face das restrições do sistema político, deve influenciar os políticos que têm o efetivo poder para lhe oferecer os programas visados. Tal ação demanda estratégia e habilidades, destreza.

• Comportamento característico

597 O desafio posto pela ação coletiva sempre existiu. No curso da história, muitas respostas foram encontradas. No que se refere ao perigo de desperdí-cio, convém lembrar que muitas das pessoas aceitam contribuir para a reali-zação de um bem coletivo, mesmo sabendo que outras podem aproveitar-se de seus esforços.[45] Uma ideologia de partilha pode, nesse caso, ter importante

44. Ver o capítulo sobre as relações entre indivíduos.

45. De Jasay 1989; 1994, 283.

papel de cimento. Em segundo lugar, os grupos podem oferecer, ao lado do bem coletivo que constitui sua missão principal e da qual não podem facil-mente excluir as pessoas, bens ou serviços privados que podem reservar espe-cialmente a seus membros. É o que Olson denomina um estímulo seletivo.[46] Para os médicos, cita o exemplo da assistência da *American Medical Association* no caso de processo por erro profissional, bem como as publicações técnicas da Associação e uma redução do preço das revistas publicadas pelas editoras comerciais.[47] Para explicar as adesões a uma organização que persegue um bem coletivo, é preciso examinar não os méritos desse escopo, mas, sobretu-do, a natureza das vantagens privadas atribuídas aos membros.

598 A fórmula mais radical para superar o problema desse aproveitamento potencial é servir-se do poder estatal para forçar todos os interessados a ade-rir ao grupo. Para os sindicatos, essa força aparece sob a forma de adesão obrigatória de todos os trabalhadores que fazem parte da unidade de nego-ciação.[48] Para os profissionais liberais, o exercício pode ser reservado, por lei, aos membros, como é na maior parte dos países para médicos, notários, e advogados, o que requer atentar para o que os grupos de interesse tentam obter como privilégio com a adesão obrigatória. Eles justificarão recorrendo ao interesse geral que aparece, no caso das profissões liberais, na proteção ao público contra incompetentes. Uma vez instituída, a adesão obrigatória servirá como restrição à entrada no mercado, gerará preços mais elevados do que os que seriam praticados sem tal intervenção. De outra forma, a adesão obrigatória de grande número de pessoas põe um problema de agência: os administradores da organização podem perseguir fins que não são, sempre, a preferência do conjunto de membros. Uma oligarquia pode vir a dominar a organização contra o interesse da maioria dos membros. Boudon a designa pela expressão *lei de bronze da oligarquia*.[49]

599 Uma vez obtida a mobilização, o grupo pode servir para obter outras van-tagens além daquelas que justificaram sua criação. Os "empresários da ação coletiva" têm interesse em perseguir outros fins além do escopo inicial. A mo-bilização de um grupo de interesse constitui, assim, um capital que pode ser explorado repetidamente e com um custo amortizável em muitas operações.

600 Convém, agora, examinar os meios empregados pelo grupo de interesse ao perseguir sua missão. Os grupos se informam sobre as políticas adotadas pelos políticos e sobre os efeitos de tais políticas para os membros. Isso im-plica que sigam, atentamente, o que os políticos dizem e o que fazem relativa-mente a questões que interessam, especialmente, aos membros. Podem fazer

46. Em inglês: *selective incentives*. Olson 1965, 51.

47. Olson 1965, 139-140.

48. Conhecida no Canadá como a fórmula Rand.

49. Boudon 1977, 45. Sobre os problemas de agência, ver o Capítulo 4 deste livro, consagrado às relações entre indivíduos.

estudos para estabelecer o impacto específico de uma política adotada ou em consideração para os membros.

601 De posse dessas informações, os grupos têm de decidir quais políticos apoiarão e a quais se oporão. O apoio pode consistir em contribuições finan-cerias, diretamente para a caixa eleitoral ou, de maneira mais sigilosa, por pre-sentes e aconselhando os membros sobre o político em quem devem votar. O grupo pode prometer colaborar em ações que sejam adotadas pelo político, ou não tentar bloqueá-las (os sindicatos em relação a uma política social preten-dida). A oposição a um político pode, igualmente, aparecer sob muitas formas: intervenção em comissões parlamentares, publicação de crítica das ideias, de-bates na mídia, até campanha para denegri-lo por meio de fontes obscuras.

602 Além de apoios os grupo de interesse podem, ainda, oferecer informações aos políticos. Como os últimos não são, necessariamente, bem informados sobre as preferências dos cidadãos e sobre os efeitos das políticas desejadas, o grupo de interesse pode se ocupar de fornecer informações e estudos para mostrar esses pontos. Ao formular proposições que favorecem os interesses dos membros, o grupo deve utilizar o vocabulário do interesse geral. Medida que favorece abertamente um grupo determinado tem poucas possiblidades de ser bem-sucedida junto aos políticos[50] que decidem. Encontramos o fenô-meno da língua bifurcada, já apontado nas observações sobre os políticos.

5. LIÇÕES DA *PUBLIC CHOICE*

603 Do que antecedeu é possível lembrar muitas lições. Os grupos de inte-resse funcionam tanto melhor quanto menor for o número de seus membros. Se os grupos de interesse que se constituem representam de maneira des-proporcional os grupos concentrados, ou seja, sectários, as mensagens que chegam aos políticos, e que os influenciam, traduzem de maneira igualmente desproporcional os pontos de vista por vezes parciais a partidários. Os grupos de interesse têm influência desproporcional se comparados a seu número. Na medida em que conseguem orientar os políticos no sentido desejado por seus membros, as políticas adotadas nas democracias representativas divergirão, sistematicamente, do interesse geral.

604 Para ilustrar o diferencial de influência dos grupos de interesse concen-trados e os da maioria não estruturada, interessante destacar o exemplo da agricultura. Nos países em que a agricultura interessa a um pequeno grupo da população, ela é pesadamente subvencionada; nos países em que interessa a grande parte da população, é, ao contrário, pesamente tributada.[51] O leitor comprove em seu país.

50. Friedman/Friedman 1980, 297.

51. Van den Hauwe 2000.

605 A procura de vantagens por meio da política é um jogo de coerção. O sucesso de um grupo ao obter, por esta via, uma vantagem necessária para o mercado estimula, convida outras pessoas a se organizarem em grupos com a mesma finalidade. O sucesso destes últimos pode, de seu turno, atrair ou-tros e incitar os grupos existentes a aumentarem suas demandas. Estamos, assim, presos num círculo vicioso que leva a maior intervenção do Estado em certas atividades produtivas. Mitchell e Simmons estimaram, em 1994, ser de 17.000 o número de grupos de interesse na cena política norte-americana.[52]

606 Os economistas empregam a expressão "*rent seeking*" (busca por rendas), proposta originalmente por Anne Krueger,[53] para designar o conjunto de tais atividades. Há importante literatura sobre o tema.[54] A noção reveste grande conjunto de medidas, programas de subvenção ou de gratuidade de serviços, isenções fiscais, regulação da indústria (permissão, imposição de normas de conhecimento, de qualidade ou de conteúdo etc.), o que constitui uma pri-meira barreira à entrada no mercado, restrições alfandegárias, exigências de conteúdo nacional, entre outras. Em todos os casos, trata-se de vantagens obtidas por via política que não seriam alcançadas no mercado privado ou apenas com custos muito mais altos.

607 O perigo é que a concorrência política supere a concorrência econômica. Essa mudança de incentivos não é neutra. O incentivo à inovação é menor na ordem política. Os atores políticos não assumem, pessoalmente, os resulta-dos de suas decisões, o que importa, sobretudo, quando são ruins. As somas destinadas à busca por rendas constituem perda pura.[55] A tragédia é que os ganhos de curto prazo de alguns acabam por instaurar uma lógica paralisado-ra para todos no longo prazo. O perigo fora reconhecido por Bastiat, que, em 1848, escreveu a frase citada em francês: "*L'État, c'est la grande fiction à travers laquelle tout le monde s'efforce de vivre aux dépens de tout le monde.*"[56] Um autor, re-centemente, empregou o termo "démosclérose".[57] (esclerose da democracia) ("O Estado é a grande ficção por meio da qual todo mundo se esforça para viver às expensas de todo o mundo.")

607a. Nota da tradutora No Brasil, a prática do *rent seeking* vem se tornan-do política de governo que, a pretexto de estimular a indústria nacional, exige, independentemente dos custos, conteúdo crescente de insumos produzidos

52. Mitchell/Simmons 1994, 62.

53. Krueger 1974.

54. McChesney 1997, 1998; Rowley et al. 1988; Tollison 1982, 1997, 1998; Tollison/Congleton 1995; Tullock 1993.

55. Tullock 1967; para confirmação recente, Shleifer/Vishny 1998, 81-89.

56. Bastiat [1848]/1983, 35-47, 39.

57. Cobin 1999, 12.

internamente. O que se deve considerar é que o preço para o consumidor final se eleva sem, necessariamente, ser acompanhado de ganhos de qualidade.

608 Olson, em seu livro sobre o crescimento e o declínio das nações, ilustra bem a lógica da consolidação da procura por rendas.[58] Contrasta o notável crescimen-to experimentado pela Alemanha e o Japão depois da Segunda Guerra Mundial com o fraco crescimento das nações vitoriosas, Grã-Bretanha e Estados Unidos da América à frente. E todas as estruturas industriais alemãs e japonesas tinham sido destruídas. A explicação do paradoxo, na sua visão, está no surgimento de estruturas de busca de rendas na Alemanha e Japão, primeiro para a militariza-ção e depois pela derrota, o que não se deu nos países vencedores.

609 Em resumo, a *public choice* propõe leitura mais pessimista dos processos democráticos. Sua análise leva em conta, de forma convincente, grande número de fenômenos e comportamentos que caracterizam a ordem política nas demo-cracias representativas. Globalmente, inspira desconfiança a repeito do discur-so do interesse geral, considerando as dificuldades das autoridades públicas de adotarem políticas que, honestamente, possam ser qualificadas como tal, e que não sejam mais do que a correção das imperfeições do mercado.[59]

Seção 3

Funções do Estado

610 As considerações precedentes parecem conduzir para um beco sem saída aparente. O modelo neoclássico atribui ao Estado a função de corrigir as im-perfeições do mercado. Examinado de perto, esse termo parece insuficiente-mente determinado para levar a preceitos unânimes.

611 Recorremos ao que ensina a *public choice* na esperança de esclarecer o papel do Estado. A *public choice* modela o funcionamento da ordem pública nas democracias representativas. Leva a uma dúvida sobre a nobre função do Estado: o Estado se ocupa, especialmente, de tudo aquilo que os grupos de in-teresse conseguem fazer com que assuma; nada parecendo limitar a expansão dessa agenda.

612 Num primeiro exame parece existir base para esse ponto de vista pessi-mista. O tamanho do Estado não para de crescer ao longo dos últimos 40 anos nos países desenvolvidos.[60] É inegável que as democracias representativas,

58. Olson 1982.

59. Conclusão contestada em Wittman 1995, mas cuja tese também está sendo atacada por Wilson 1998.

60. Gwartney et al. 1998, quadro 1, que demonstra um crescimento ininterrupto do tamanho do Estado nos países da OCDE, de 27% do PNB na metade de 1960 contra 48% em 1996.

mais do que as ditaduras militares ou eclesiásticas e os regimes socialistas, sob inúmeros critérios, conseguiram aumentar o crescimento econômico e o nível de prosperidade por meio da liberdade dos cidadãos.[61] A debacle da experiência comunista, experiência esta que durou três quartos de século na Europa e foi extremamente penosa para as populações que a ela foram sub-metidas, não faz mais do que confirmar esta conclusão.

612a. Nota da tradutora Percebe-se forte expansão do Estado em boa par-te dos países da América do Sul, associada a crescente paternalismo.

613 Douglass North escreveu que a história ensina que "o mercado que efeti-vamente funcionará, será estruturado pelos esforços conscientes para levar os jogadores a concorrerem pelo preço e qualidade, mais do que [...], se matarem ou por outros meios".[62] Claro, não se pode fazer com que o Estado desapareça como primeiro ator, mas é preciso aprender a limitar seu papel entre "outros meios": a coerção estatal empregada para tolher os outros ou para impedi-los de realizarem seus desejos pacíficos.[63]

614 Estudos empíricos de Gwartney e outros demonstram, entre as atuais de-mocracias representativas, para os Estados da OCDE, dos anos 1960-1996, uma correlação negativa entre o crecimento do Estado e o crescimento econômico.[64] Os autores mostram ainda que onde souberam parar, isto é, inverter o cresci-mento do Estado – citam a Irlanda, a Nova Zelândia e a Grã-Bretanha durante os anos recentes como exemplos –, o crescimento econômico foi acelerado. Tal resultado é, aos olhos dos autores, muito robusto. Dá suporte à afirmativa de Baechler, segundo o qual "qualquer grupo humano não está condenado à pobre-za, salvo pelo seu regime político e seus políticos".[65] Contrapõe as teses daqueles que preveem o aumento da prosperidade por uma retirada relativa do Estado,[66] mesmo se não se puder duvidar que "os mercados nunca existem na natureza, mas sempre num entrelaçamento finito e doentio com a ordem pública".[67]

615 Quaisquer que sejam as funções pelas quais o Estado tem real vanta-gem comparativa em relação às forças descentralizadas do mercado, é preci-so, ainda, para confinar o Estado às suas funções, controlar seu crescimento. Para tanto, torna-se indispensável a colaboração daqueles cujo poder deve ser

61. Gwartney et al. 1996.

62. "Any market that is going to work well is structured by deliberate efforts to make the players compete by price and quality rather than [...] by killing each other or other means." (North 1999, 23). "Qualquer mercado funcionará bem se estruturado pelos esforços para fazer com que os atores com-pitam pelo preço e qualidade mais do que […] pela destruição de uns pelos outros ou outros meios."

63. North/Thomas 1973 insistem sobre a importância para o Estado de respeitar a propriedade dos cidadãos.

64. Gwartney et al. 1998.

65. Baechler 1994, 202.

66. Brenner 1994; McMahon 2000.

67. Trebilcock et al. 2000, 232.

restringido. O progresso do Ocidente é devido ao sucesso dessa quadratura do círculo. A história de tal descoberta progressiva foi compilada em muitos e recentes magistrais estudos.[68] Mostra que as constituições, por vezes, mas não sempre, puderam limitar as ambições daqueles que visavam a uma exten-são sem princípio do papel do Estado.

616 A teoria deve, agora, articular os princípios que permitiram esse resul-tado. É missão que James Buchanan se atribui ao longo de sua carreira.[69] Ele se pergunta se, no nível fundamental ou constitucional, as regras que enqua-dram a política cotidiana puderam criar uma unanimidade para estabelecer instituições que impeçam a utilização da ordem política para fins particula-res e que forma essas instituições teriam. Entenda-se, na medida em que as circunstâncias mudam, este pacto pode ser invocado e revisado, convindo, então, indagar-se sobre a evolução da unanimidade no nível constitucional.

617 A pesquisa de Buchanan fez nascer o movimento da política econômica constitucional, denominando também de novo contratualismo. O movimento tem uma revista para a discussão dessas ideias.[70] Mas a unanimidade não tem impacto sobre a abordagem “contratualista”. Outros privilegiam uma aborda-gem “evolucionista” que procura a validade das regras fundamentais naquilo que está demonstrado no curso da história. Voigt debate esse ponto em anda-mento a ser seguido.[71]

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

618 Neste capítulo examinamos as contribuições do modelo econômico para a compreensão de fenômenos políticos. Esse exame permitiu que nos distan-ciássemos da relação com o modelo angelical, que vê o Estado como guardião imparcial da ordem pública, a quem podemos recorrer, sem custo, sem ônus, para corrigir toda derrapagem das relações entre cidadãos. Se a maior parte dos observadores concorda com a ideia de que o Estado poderia, de forma útil, assumir certas funções desse tipo, resulta que, no concreto funciona-mento dos Estados, poderes suficientes para cumprir tais funções podem, também, servir para espoliar os cidadãos em proveito dos detentores de tal poder ou de grupos que privilegiem.

619 Examinamos para onde nos levaram as hipóteses do egoísmo e da escolha racional aplicadas à ordem política. Elas nos permitiram explicar um conjun-to de fenômenos e de perigos de derrapagem próprios da ordem política: a

68. Gordon 1999; van Creveld 1999. Ver também os estudos anteriores North/Thomas 1973; Jones 1987; Rosenberg/Birdzell 1986.

69. Ver, entre outros, Buchanan/Tullock 1962; Buchanan 1975, 1991, 1997.

70. *Constitutional Political Economy.* Buchanan 1990, 1993.

71. Voigt 1999.

ignorância racional dos eleitores; a miopia dos políticos; seu discurso fissura-do; a convergência de programas de partidos políticos; as vantagens concen-tradas e os custos dispersos das políticas estatais; o jogo dos *lobbies;* o papel sempre em expansão dos organismos burocráticos; a “captura” dos organis-mos de fiscalização e regulação; a busca de rendas.

620 A leitura da ordem política feita pela *public choice* é pessimista. Põe-nos em guarda contra múltiplas formas em que a ordem pública pode ser dire-cionada em proveito de interesses particulares e sublinha a dificuldade de se adotar uma ação coletiva. Gera um ceticismo quanto à possibilidade de se confiar-lhe qualquer função (papel) que seja de interesse geral. Esse pes-simismo é inteiramente justificado pelos fatos? Já expusemos a observação feita por de Jasay sobre a aceitação pelos cidadãos quanto a participarem de

projetos coletivos, ainda quando saibam que outros podem se aproveitar.[72] Ri-dley se apoia na biologia para afirmar a tendência humana de colaborar além do que os ensinamentos da *public choice* nos levam a crer seja possível.[73]

621 Toda a concepção da ordem política, toda proposição de reforma, deve de-monstrar como circunscreve as perversidades denunciadas pela *public choice*. Na análise das instituições jurídicas seremos, por vezes, levados a concluir que tal lei ou tal política governamental não pode ser explicada senão pelas considerações realçadas pela *public choice.* O resultado normativo de tais aná-lises está fundado sobre uma perspectiva mais otimista, a saber, que as insti-tuições podem ser concebidas de forma prudencial de maneira que favoreçam o interesse geral, com a esperança de chegar a implantá-las com esse espírito.

INDO ADIANTE

622 A introdução mais acessível à *public choice* é, sem dúvida, de Mitchell e Simmons.[74] Uma introdução em francês por Crozet concorre com ela.[75] Igual-mente em francês pode-se ir a Wolfelsberger, que na primeira parte toca diretamente as questões expostas neste capítulo.[76] Exposição detalhada de teses de *public choice,* e das pesquisas empíricas sobre o tema, encontra-se na segunda, e atualmente na terceira edição do livro de Mueller, que diferem radicalmente da primeira, traduzida para o francês.[77] Leia-se, igualmente, a obra coletiva coordenada por ele,[78] assim como o resumo na coleção de *Edgar*

72. De Jasay 1989; 1994, 283.
73. Ridley 1997.
74. Mitchell/Simmons 1994.
75. Crozet 1997.
76. Wolfelsberger 1995.
77. Mueller 1989 e 2003; a primeira edição é de Mueller 1979.
78. Mueller 1997.

Companion.[79] Sobre a história do Estado, muitos livros importantes foram pu-blicados nos últimos anos.[80] Como estudo de caso sob perspectiva da *public choice*, remetemos à leitura feita por Migué[81] da recente história de Québec.

79. Shughart/Razzolini 2001.
80. De Jasay 1998; Gordon 1999; van Creveld 1999.
81. Migué 1999.

capítulo **6**

O mercado negro

"L'histoire des activités illégales est aussi ancienne que celle des lois elles-mêmes. **Sauvy 1984, 19** (*A história das atividades ilegais é tão antiga quanto a das próprias leis*)

"Does anyone want to live in a country whe-re the 'underground economy' could not survi-ve because of governmental regimentation and control?" **Flaherty 1989, 6** (*Alguém quer viver em um país no qual a 'economia subterrânea' não pode sobreviver porque o governo tem re-gulamentação e controle?*)

INTRODUÇÃO: A NATUREZA DO MERCADO NEGRO

623 O mercado negro é o conjunto de atividades econômicas voluntariamen-te realizadas à margem dos controles do Estado.[1] As operações são cele-bradas no mercado negro para elidir uma proibição, restrição ou imposição decretada pelo Estado. "Toda *rigidez* é, naturalmente, favorável ao *trabalho* negro", escreveu Sauvy.[2] O fenômeno propõe duas questões. A primeira con-cerne à viabilidade do mercado negro e seus efeitos sobre o mercado oficial. A segunda recai sobre as implicações do mercado negro e as funções do Es-tado. Alguns não veem mais do que imoralidade;[3] outros, ao contrário, con-sideram como a válvula da segurança essencial contra o Estado que se torna muito invasivo.[4]

624 O mercado negro engloba vasto complexo de setores. Aqui, alguns exemplos:

– o tráfico de objetos ou serviços proibidos (como a droga; a pornografia ve-tada – infantil, por exemplo); prostituição e atividades conexas onde são

1. Essa definição se inspira na de Pestieau 1989, 215.
2. Sauvy 1984, 55.
3. Por exemplo, Debare 1992, 57.
4. Por exemplo, De Soto 1989, xv, 259.

interditadas; armas proibidas; marfim (cujo comércio é vetado para prote-ger os elefantes);[5] o aborto onde seja proibido; órgãos humanos; informa-ção privilegiada (delito dos iniciados) ou influência (tráfico de influência); somas entregues "por baixo da mesa" (para obter um mercado público);

– o tráfico de objetos ou de serviços regulamentados (cigarros contraban-deados; contrafação de obras; marcas de comércio ilegalmente imitadas);
– o "trabalho negro" (escravo) (construção sem licença, trabalho domésti-co clandestino ou trabalhadores imigrantes em situação irregular);
– as sequelas do controle de preços, restrições à importação ou outro re-gime protecionista (por exemplo, falta de pagamento em mercados em que os aluguéis são rigorosamente controlados; produtos vendidos além das cotas ajustadas ou fora do contexto permitido).

625 A amplitude desse conjunto mostra a diversidade dos fenômenos con-siderados. A regulamentação que se procura ilidir ao passar para o mercado negro é muito variada. Os serviços domésticos, a construção clandestina e os cigarros contrabandeados se explicariam pelo simples fato de ilidir a tributa-ção e os encargos sociais considerados muito onerosos. O trabalho dos imi-grantes irregulares visa a contornar as restrições à liberdade de locomoção das pessoas. O controle de preços é instituído na esperança de conter a inflação ou a penúria devida a crises ou a guerras, mas gera distorções contornadas pelo mercado negro. O aborto clandestino, a pornografia infantil, a venda de órgãos humanos fogem das regras cujo fundamento é a proteção das pessoas, eventualmente contra suas próprias decisões.

626 O mercado negro foi objeto de considerável literatura.[6] Todo um conjunto de termos é empregado para designar o fenômeno: mercado negro, cinza ou invisível; economia negra, cinza, subterrânea, não oficial, escondida, irregular, marginal ou paralela, ou economia da sombra; trabalho (no) escuro, fantas-ma.[7] Nada obstante sua diversidade, há interesse em colocar esses fenômenos sob um denominador comum. As diferentes formas do mercado negro têm características comuns que a análise econômica permite tirar da obscuridade.

627 O mercado negro existiu, sem dúvida, depois do aparecimento da consti-tuição do poder estatal. Apenas sua amplitude variou em função do peso das constrições impostas pelo poder às trocas entre cidadãos.[8]

5. Sugg/Kreuter 1995; 't Sas-Rolfes 1995.

6. Ver, por exemplo, Archambault/Greffe 1984; Barthe 1988; Benson 1981; Benson/Baden 1985; Cou-vrat 1988; de Grazia 1983; de Soto 1989; Debare 1992; Fortin et al. 1996; Gaertner/Wenig 1985; Ha-mowy 1987; Harding/Jenkins 1989; Heertje/Cohen 1980; Heertje/Barthelemy 1987; Klatzmann 1982; Lae 1989; Lemennicier 1992; Mirus/Smith 1981; Mirus 1984; Pestieau 1989; Portes et al. 1989; Priest 1994; Renooy 1990; Sauvy 1984; Schäfer 1984; Sennholz 1984; Tanzi 1982; Thornton 1991.

7. Debare 1992, 5; Sauvy 1984, 10.

8. Fortin et al. 1996, 3.

628 A amplitude do mercado negro é, pela própria natureza do fenômeno, de apreensão delicada. Era, sem dúvida, maior nas economias socialistas mortas do que nas economias de mercado ocidentais. As estimativas para as últimas variam de alguns por cento até um quarto ou mesmo um terço da economia oficial.[9] Respeitável estudo do mercado negro em Québec,[10] incluídas as ati-vidades criminais, estima que fica entre 1,97% e 2,55% do produto interno bruto. Schneider e seus colaboradores chegaram a uma estimativa de 16,3% do produto nacional bruto para 21 países-membros da OCDE, 22,3% para três dos antigos países socialistas, 38,7% para 96 países em desenvolvimento e 40,1% para 25 países em transição.[11] Concluem, ainda, que a existência do mercado negro tenderá a reduzir a corrupção nos países com renda elevada, enquanto aumentará naqueles de renda baixa.

629 Cabe indagar, agora, a respeito do funcionamento do mercado negro, de-pois sobre seu estatuto moral e as implicações para as funções do Estado.

Seção 1

Funcionamentodom ercadonegro

630 A restrição, proibição ou a imposição de um produto ou serviço tem como efeito diminuir a quantidade que pode ser ofertada e aumentar o preço pelo qual será negociado. No caso de uma proibição ou interdição, a cota será igual a zero e o preço, teoricamente, infinito. O aumento do preço, por seu turno, leva a uma procura de meios que permitam oferecer o produto a custo infe-rior. Na medida em que se cruza a oferta entre o preço legalmente permitido e o preço que se possa obter contornando a restrição ou a interdição legal, o interesse dos fornecedores afetados faz com que considerem a via do mercado negro.

631 O funcionamento do mercado pode ser examinado do ponto de vista de seus participantes e no dos efeitos para o Estado.

9. Frey/Pommerehne 1982, 9, 17; Debare 1992, 20 ss., apresentam a cifra de 15% para a economia francesa; McKenzie/Lee 1991, 197, fazem estimativas que vão até 15% para os Estados Unidos da América; de Soto 1989, 12, a estima em 38,9% no Peru; Brenner 1994, 169; Seldon 1998, 79, que retoma as estimativas publicadas no *The Economist* 1998, indo de 6% para a Suíça a 24% para a Itália.

10. Fortin et al. 1996, 96.

11. Schneider 2006. Ver também Dreher/Schneider 2006; Schneider/Enste 2000; Schneider 2002; Schneider/Klingmair 2004; Trogler/Schneider 2007.

1. MERCADO NEGRO E PARTICIPANTES

632 As características do mercado negro para os participantes podem, de seu lado, ser examinadas do ponto de vista dos fornecedores e dos consumidores.

a. *Mercado negro e fornecedores*

633 O mercado negro concorre com o mercado oficial, se este existir para o produto ou serviço de que se trate. Os produtores que atuam neste útimo podem, a justo título, considerar-se lesados por uma concorrência desleal.

634 A demanda do mercado oficial se prolonga no mercado negro mediante ajustes, dados os riscos que os participantes que a ele recorram suportarão. Para operar no mercado negro, é preciso desenvolver capital humano – rede de contatos, conhecimento. Isso vale, também, para um novo mercado oficial no qual se desejaria operar e não constitui traço distintivo do mercado negro.

635 O mercado negro assenta sobre forças criativas de ordem espontânea e funciona, em parte, como um mercado comum. Ficando fora da legalidade, tem muitas particularidades relevantes da óptica dos fornecedores que nele atuam. Por isso, os esforços do Estado para fazer respeitar a lei geram aumento de custos de produção e de transação no mercado negro em comparação com o regular, oficial. Em segundo lugar, o mercado negro, geralmente, exclui a possi-bilidade de recorrer aos tribunais pela inexecução de contratos, o que é, igual-mente, fonte de aumento dos custos de transação. Enfim, os fornecedores não dispõem de meios para, no mercado oficial, divulgar seu produto e garantir a qualidade, o que redunda em problema de informação para os consumidores.

636 Quanto ao primeiro fator, pode-se enfrentá-lo disfarçando a operação, mas tal disfarce aumenta os custos de produção e de transação. Isso faz com que
o risco das punições financeiras, ou de prisão – fator que tende a aumentar os custos de produção –, apareça sob a forma de prêmios pelo risco. A sofistica-ção das agências do Estado encarregadas de fazer respeitar a lei em matéria de droga, por exemplo, podem obrigar as “firmas” do mercado negro a se espe-cializarem em técnicas de evasão e a investirem em novas tecnologias disponí-veis para tal fim. Isso pode conferir vantagem comparativa às grandes firmas, que poderiam obter rendimentos de escala, utilizando, por exemplo, aviões ou submarinos aptos a iludir a fiscalização das autoridades aduaneiras. O crime organizado pode ser considerado como um conjunto de firmas desse tipo.

637 Quanto à dificuldade de fazer respeitar os acordos, a teoria dos jogos permite prever que há poucos problemas nas relações pessoais e de longa duração. Os problemas aparecem nas relações instáveis, periclitantes, e nas anônimas e pontuais. A primeira eventualidade pode ensejar o uso de meios extraordinários, até violentos, para levar os participantes a respeitarem seus acordos. Nas relações anônimas a obrigação de pagar em moeda, no momen-to da entrega, geralmente serve para superar a dificuldade dos fornecedores

quanto ao cumprimento dos acordos. Cria a necessidade de pôr em prática um sistema de lavagem de dinheiro.

b. Mercado negro e consumidores

638 Também para o consumidor, o mercado negro tem, em comparação com o mercado regular, habitual, muitas características particulares. O preço pra-ticado no mercado negro é aumentado pelo prêmio de risco. No caso do mer-cado de droga o prêmio é relevante. No caso de mercados negros constituídos para evitar a tributação e encargos sociais, o prêmio de risco é compensado pela economia obtida com a evasão. Esses custos, derivados da regulação, que, em matéria de qualidade e segurança na construção, por exemplo, fun-ciona como um seguro obrigatório de qualidade, resulta na incorporação do custo ao preço oficial do produto ou do serviço. O mercado negro permite escamotear o custo, que é o prêmio do seguro disfarçado, mais o preço de um prêmio da ilegalidade. Para ser viável, o mercado negro de tais produtos e serviços deve oferecer preços líquidos inferiores aos do mercado oficial.

639 A qualidade do produto ou do serviço no mercado negro não pode ser garantida da mesma forma que no mercado regular. A garantia é excluída. O jogo das marcas de comércio, a publicidade e a reputação do fornecedor não se transferem tão livremente quanto no mercado ordinário. O consumidor deve, pois, basear-se em seu próprio conhecimento (*caveat emptor*) quanto a seu conhecimento do fornecedor, numa relação de longa duração desenvolvida entre eles, ou, ainda, em informações obtidas no processo boca a boca. Esses canais são, de regra, mais custosos ou menos confiáveis do que os do mercado ordinário. O mercado negro pode, portanto, ter produtos ou serviços de quali-dade muito variável. É possível que seja capturado pelo *efeito abacaxi* (*lemmons effect*) descrito por Akerlof,[12] se fornecedores de produtos de qualidade não conseguirem que os consumidores percebam as diferenças, seu interesse será reduzir a qualidade dos produtos ao nível – mais baixo – em que o consumi-dor os distinguirá. A proibição no mercado de bebidas alcoólicas, assim como de droga, leva os fornecedores a oferecerem produtos mais fortes e, por isso, mais perigosos, visando a rapidamente criar dependência dos consumidores.[13]

640 Por derradeiro, nos locais em que o mercado negro praticar preços mais ele-vados do que os do mercado oficial proibido, ter-se-á um efeito redistributivo regressivo. O mercado negro discrimina contra os pobres. Pode-se indagar se os que obtêm o melhor no mercado oficial seriam, igualmente, os mais aptos a extrair proveito das possibilidades oferecidas pelo mercado negro. Entretanto, no mercado da construção (e outros serviços), o mercado negro coexiste com o mercado oficial, sendo que o preço mais baixo praticado por se

12. Akerlof 1970.

13. Thornton 1991, 95 ss.

evitarem as despesas sociais e regulação sobre segurança, exatamente o fator que permite aos pobres adquirirem produtos ou serviços que, de outra forma, ser-lhes-iam inacessíveis.[14]

2. MERCADO NEGRO E ESTADO

641 As transações no mercado negro não se submetem à contabilidade racio-nal bem assim à fiscalidade. Daí resulta que os indicadores da atividade eco-nômica como a taxa de desemprego e o produto nacional bruto não reflitam, corretamente, a realidade. A ação do Estado baseada em tais índices pode ser mal direcionada. O mercado negro priva o Estado de receitas fiscais e contri-buições para diferentes programas de seguridade social. Em consequência, aumenta o ônus para os cidadãos honestos, porém de forma imperceptível. Aumenta, também, o custo das operações policiais visando a coibir o mer-cado negro, cujo sucesso, em geral, é imperfeito para o fim visado. A falta de sucesso serve, muitas vezes, de pretexto para exigir aumento de créditos destinados à repressão do mercado negro; um círculo vicioso. "A história [...] autoriza a concluir que a proibição é impossível de consumar no sentido eco-

nômico", escreveu Thornton.[15] De outra forma, os policiais e outros funcioná-rios que têm a função de fazer respeitar a lei arriscam-se a serem corrompidos pelas pessoas que tiram proveito dos preços elevados que o mercado negro produz. Tudo isso põe uma questão de justiça social, que se agrava à medida que mais pessoas fazem suas atividades transitarem pelo mercado negro.

642 O mercado negro é viável, embora gere um problema moral; provoca a força repressiva do Estado. Isso justifica a análise do estatuto moral do mer-cado negro.

S e ç ã o **2**

E s t a t u t o m o r a l d o m e r c a d o n e g r o

1. MERCADO NEGRO E SOLIDARIEDADE

643 Os recursos ao mercado negro podem constituir em uma simples caro-na para os que com ele se envolvem em relação aos esforços dos cidadãos

14. Priest 1994.

15. "*History [...] supports the finding that prohibition is impossible to achieve in the economic sense*", Thor-nton 1991, 5.

honestos, que respeitam as regras, pagam suas contribuições etc. É, geral-mente, desse tipo o tráfico de obras piratas. Trata-se de imoralidade indivi dual. As instituições da ação coletiva no mercado privado – sociedades civis ou comerciais, a copropriedade, por exemplo – não toleram, ou fazem-no muito pouco, esse tipo de carona ou *free riding*. Não há como tratá-la de forma distinta na esfera pública.

644 A análise não exaure considerações pertinentes relativas ao estatuto mo-
ral do mercado negro. O livro de De Soto[16] mostra como o mercado negro constitui forma de escapar de uma regulação tornada antiprodutiva e assus-tadora. Pode-se dizer que o mercado negro traduz o exercício da opção de
saída (*exit*)[17] de certos serviços propostos ou impostos pelo Estado e do preço implícito exigido em contrapartida. Sinal, por parte das pessoas que nele ope-ram, em desacordo com uma ou mais normas estatais, mas não necessaria-mente com o conjunto da ordem estatal. Se tal reação se generalizar, e é o caso em muitas sociedades ocidentais, cabe indagar não apenas sobre a imoralida-de dos participantes do mercado negro, mas também, simetricamente, sobre o estatuto moral da ordem posta em questão.

645 A regra contestada foi adotada, presume-se, de acordo como os procedi-mentos que asseguram sua legalidade. Esses deveriam, também, assegurar a legitimidade, que é essencial à manutenção do Estado de direito. Seria impen-sável fazer respeitar, pela força pública, cada uma das regras que compõem o direito de uma sociedade. O bom funcionamento do direito tem fundamento no argumento quanto à aceitação dos cidadãos de a ele se conformarem. De modo geral, isso gera grandes economias de ordem de cooperação para a so-ciedade. A aceitação exprime a legitimidade do direito. A socialização dos jovens inculca-lhes regras de conduta que refletem essa aceitação. É, talvez se possa dizer, o contrato social contínuo. Os participantes do mercado negro revogam, ao menos em parte, sua adesão ao contrato social.

646 O problema apresentado é fundamental. Põe em causa a tese que deseja que o Estado de direito seja assegurado pelo só fato de que as regras de direi-to são adotadas seguindo os procedimentos para tanto constitucionalmente previstos. A desobediência civil, que constitui um mercado negro, assinala os limites da autoridade do Estado. A extenção do mercado negro lembra essa verdade, que o regime jurídico, independentemente de sua forma legal, não está legitimado senão na medida de sua conformidade com as regras que os cidadãos, ou determinados grupos, possam desenvolver entre eles, em con-textos descentralizados, como mostras de ordem espontâneas.[18] A agregação

16. De Soto 1989.

17. Hirschman 1970.

18. Priest 1994.

que se dá por procedimentos legislativos e burocráticos deforma as preferên-cias que os cidadãos exprimem no contexto descentralizado dos mercados.

647 A legitimidade da ordem jurídica é como um capital de recursos não re-nováveis.[19] Uma vez constituído, permite realizar a ordem cívica e, com re-curso relativamente modesto, a constrição, a coerção. Na medida em que as retiradas entre o conteúdo da ordem estatal e as regras impostas aos cidadãos se multipliquem, tal capital se esgota e o respeito às regras não pode ser ga-rantido, exceto explicitamente, em geral pela constrição, com o decorrente custo financeiro e moral. Convém remover, pela raiz, essa moléstia e pergun-tar a respeito das razões que podem ter levado às intervenções que provoca-ram o mercado negro.

2. MERCADO NEGRO E FUNÇÕES DO ESTADO

648 O mercado negro existe há muito tempo. Apenas sua existência não põe em causa a legitimidade do direito e do Estado. O que nos faz refletir é sua amplitude em face da importância das funções assumidas pelo Estado. Atual-mente, entre 45% e 55% do produto nacional bruto das sociedades ocidentais transita pelo Estado.[20]

649 A economia do bem-estar reconhece ao Estado a missão de corrigir as im-perfeições do mercado. Reconhece, por essa razão, os bens coletivos (aqueles que dificilmente podem ser reservados e, portanto, seu consumo por um não impede o consumo por outros), as externalidades (efeitos de uma ação sobre terceiros em que o decisor não suporta o custo da sua decisão) e os monopólios. A redução de custos de transação, e de informação, com frequência apresenta-da, igualmente, como missão do Estado, pode ser analisada como uma forma de bem coletivo. Vimos, nos capítulos precedentes, que a unanimidade não é mais produto das imperfeições que seriam acionadas nesse sentido, e, de toda forma, as ações adotadas em nome do Estado claramente ultrapassam aquilo que poderia ser, razoavelmente, qualificado como imperfeições do mercado.

650 Voltamo-nos, então, para a *public choice,* para entender melhor as ações do Estado. O exame nos fez duvidar da versão em que o Estado age no inte-resse geral para corrigir as falhas da ordem criada por ocasião da interação entre cidadãos. Ao contrário, muitas das ações do Estado resultam da busca de rendas por grupos de interesse. O só fato de que uma política tenha sido adotada, ou uma lei votada segundo os procedimentos democráticos vigentes não é garantia que reflita o interesse geral.

651 Não poderíamos chegar a um juízo fundado sobre as missões próprias do Estado, pela exclusão das iniciativas que traduzem uma forma de *rent seeking,*

19. De Jasay 1998, 6.

20. Gwartney et al. 1998, Quadro 1.

considerando as outras, por hipótese, conforme com o interesse geral de cor-rigir as imperfeições do mercado? A perspectiva se afigura fugidia. Para os regimes protecionistas no que diz respeito à agricultura, ou de cotas impostas a produtores estrangeiros (veículos japoneses, por exemplo), concordamos, sem muita dificuldade, que se trata de rendas acordadas. Para a regulação em matéria de saúde e segurança do trabalho, que levam o mercado negro à construção, a análise é menos fácil. À primeira vista, trata-se de uma parte da remuneração dos trabalhadores, versada sob forma de benefício *in natura*. To-davia, tal vantagem não é negociável, mesmo para trabalhadores dispostos a se contentar com menos, ou que considerassem poder garantir sua saúde e se-guridade de outra forma. A isso se opõe o argumento dos custos de transação associados à hipotética negociação individual. A mera existência do mercado negro mostra que tal objeção é, em parte justificada, que a legislação impõe vantagem que pode ultrapassar o nível daquilo que os trabalhadores deman-dariam. A legislação se traduz por preços mais altos para os consumidores e tira os mais pobres do mercado.

652 O esquema aqui trazido à luz é empregado em outros ambientes em que o Estado impõe uma segurança que poderia ser assumida pelo setor privado, mas aparece como medida de redistribuição, que seria dificilmente realizável no mercado privado. É o caso, por exemplo, da garantia de greve, do seguro--saúde, do regime de acidentes de trabalho, do regime de rendas, dos progra-mas de bem-estar social.

653 Tais regimes parecem criar mais benefícios do que alguns, notadamente os mais pobres, desejariam e aceitariam financiar. Priest, fazendo eco a De Soto, percebe, em casos semelhantes, uma justificativa moral para o mercado negro.[21]

654 O mesmo se dá com o sistema de controle de preços imposto pelo gover-no do Canadá nos anos 1970, para conter uma crise do petróleo e a inflação galopante? À primeira vista, parece tratar-se de iniciativa visando a manter a ordem econômica diante de grave ameaça de desregulação. A ciência econô-mica ensina que um mercado não controlado teria absorvido esses choques mais rápida e completamente do que foi o caso após a intervenção. A inflação resulta, no mais das vezes, de abuso pelas autoridades do poder de criação de moeda, em geral para financiar programas governamentais. O controle de preços pode ser buscado pelas indústrias, o que as protege de concorrentes mais inovadores. Atrasa a inovação e aumenta os preços pagos pelos consu-midores.[22] A explicação retorna, novamente, para formas disfarçadas de busca por rendas.

654a. Nota da tradutora Tivemos, no Brasil, nos anos 70 do século passa-do, a implantação de políticas que, a pretexto de conter a escalada inflacionária,

21. Priest 1994, 2283.

22. Rockoff 1993.

estimularam o aparecimento de inúmeros mercados negros, destacando-se o setor de alimentos. Os maiores prejudicados, além dos produtores, foram as pessoas de menor poder aquisitivo.

655 Outras formas de mercado negro ficam em áreas mais próximas de con-siderações morais. A proibição da prostituição, onde praticada, poderia ser sustentada por razões de saúde pública. Os avanços da medicina tornam esse motivo menos convincente. A intervenção seria justificada pela tentativa de impedir uma "troca de desespero",[23] ou poderia, ainda, traduzir um autopa-ternalismo. Entenda-se por autopaternalismos a restrição que se adota em momento de lucidez para impedir, nos momentos de fraqueza, sucumbir à tentação de praticar um ato que, em seguida, lamentaríamos. Elster descreveu o fenômeno recorrendo à história de Ulisses e as sereias.[24] Presume-se que qualquer pessoa, nos momentos de lucidez, não se envolverá com a prosti-tuição. Trata-se de uma hipótese que se presta à comprovação. A experiência

– demais disso secular – poderia nos ensinar que o desespero é menos grave do que se nota, e que os efeitos secundários da proibição são os mais sérios.[25] A proibição será, portanto, puro paternalismo.

656 O paternalismo, outra fonte de proibições, consiste em substituir os va-lores de alguns, dominantes, pelos de outros, eventualmente minoritários.[26] No plano da moral, o paternalismo põe em causa a premissa segundo a qual o indivíduo está mais bem colocado para julgar o que é bom para si, e implica a legitimidade de substituir tal julgamento pelo de outra pessoa, afastando, dessa forma, a liberdade individual. Todas as sociedades aceitam essa substi-tuição para crianças menores de idade e para os mentalmente incapazes. Além dessas categorias, as opiniões divergem, optando os liberais pela liberdade da pessoa, mesmo se vier a se equivocar nas escolhas, adotando aquelas con-trárias. Os limites justificadores do paternalismo são discutidos em todas as sociedades. Trebilcock consagra à matéria todo um capítulo de seu texto sobre liberdade contratual.[27]

657 Qualquer que seja o julgamento moral que se adote quanto às interven-ções paternalistas, os ensinamentos da *public choice* permitem pensar que a imposição, a toda a sociedade, de um modo de vida preferido por determinado grupo é vantagem que pode ser pelo grupo buscada a título de renda, assim como outras rendas, financeiras, ou não.[28] A proibição privada de certas práti-cas sexuais, ou a venda de pornografia, podem ser consideradas rendas desse

23. Calabresi/Bobbitt 1978, 116. O termo empregado é "*desperation bidding*". 24.

Elster 1984, 1985.

25. Para a prostituição, um relatório recente vai nessa direção: Welzer-Lang et al. 1994. 26.

Trataremos do paternalismo em mais profundidade no capítulo sobre os contratos. 27. Trebilcock

1993, 147 ss.

28. Thornton 1991, 143.

tipo. O mercado negro encontrará aqui certa justificativa para responder a tais proibições.

658 A proibição de contratos de barriga de aluguel, ou os de venda de órgãos, parecem demonstrar, de forma clara, o autopaternalismo. O autopaternalismo presumido se presta a ser corrigido pela experiência. Parece sábio permitir, com prudência, a experiência do que se pretendia impedir e mensurar os ris-cos de arrependimento. Aqui, tampouco, é possível eliminar os riscos, mas pode-se tentar precaver-se deles.[29] No caso de transferência de órgãos, o *Códi-go Civil de Québec*, no artigo 25, admite a doação, não a venda, sem dúvida por-que a atração pelo dinheiro conduziria, adiante, ao arrependimento. Quanto ao contrato da barriga de aluguel, são conhecidos muitos casos de sério arre-pendimento. A interdição dessa prática parece mais facilmente justificável, e eventual mercado negro perderia sua justificativa.

658a. Nota da tradutora No Brasil, para fins de transplante de órgãos, aplica-se a Lei nº 9.434/1997, que já no art. 1º determina a gratuidade da disposição, em vida ou *post mortem* de tecidos, órgãos ou peças do corpo hu-mano. O art. 9º faculta a doação gratuita de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo, em vida, para fins terapêuticos ou transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau (redação da Lei nº 10.211/01). No caso de doação em vida, apenas órgãos duplos, ou partes de órgãos e tecidos, podem ser doados para evitar risco de morte do doador. Há na lei previsão de sanções administrativas e criminais tanto para a venda de órgãos, peças ou tecidos quanto pela intermediação em tal procedimento (art. 14).

659 O sumário exame aqui apresentado mostra a diversidade de intervenções que provocam o mercado negro. As razões que o sustentam e os entraves que comportam para a liberdade individual nos mercados oficiais não são todos, igualmente, justificáveis. O julgamento do conjuto sobre o mercado negro deve ser aquele a que chega Priest após exame detalhado das diferentes esco-lhas: a ambiguidade do estatuto moral.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

660 O mercado negro resulta de atividades voluntária e deliberadamente sub-traídas à regulamentação do Estado. Constitui uma forma de *free riding* sobre os esforços dos cidadãos honestos, ao mesmo tempo e na medida em que recorrer ao mercado negro se multiplica como forma de reação contra um Estado considerado muito invasivo nos planos fiscal ou regulamentar.

661 O mercado negro é viável, apesar da repressão. Funciona, em parte, como o mercado ordinário naquilo em que a execução dos contratos pode ser assegurada pelas forças criadoras da ordem espontânea. A teoria dos jogos

29. Wildavsky 1988.

permite desenhar as condições de estabilidade dos contratos. O mercado ne-gro concorre – deslealmente – com o mercado oficial.

662 A ilegalidade do mercado negro impõe, por isso, muitos custos: prêmios implícitos para o risco de sua descoberta e condenação; circulação imperfeita da informação pela reputação, publicidade e outros meios e despesa concomi-tante para o adquirente no cuidar de seus interesses; qualidade menos bem garantida; ausência de garantia.

663 O estatuto do mercado negro é ambíguo. Varia segundo os setores. Con-quanto seja contestável a carona ou *free riding* sobre os esforços dos cidadãos honestos para financiar os bens coletivos necessários à ordem pública, há que compreender as tentativas de se subtrair a uma regulamentação resultante da busca por rendas, aí incluído o paternalismo deslocado.

664 O mercado negro não parece criar dependência irreversível. Quando são afastadas as proibições, assim as restrições ou imposições excessivas que dão origem ao mercado negro, é recriado o mercado oficial. Se a experiência dos Estados Unidos da América, depois da Lei Seca pode servir de exemplo, esse mercado tem as configurações do mercado – regulamentado – que existia an-teriormente.[30] A mudança tem muitos efeitos desejados – melhora da qualida-de do produto, melhor conhecimento dos seus efeitos, menores preços, taxas e impostos recebidos normalmente, redução da criminalidade e da necessária repressão para contê-la.

665 Quaisquer que sejam as virtudes que se lhe dê, uma intervenção, restri-ção ou imposição que não seja aceita pode provocar os efeitos de um mercado negro com as características próprias resultantes de sua ilegalidade. Tais efei-tos comprometem as virtudes apregoadas para a intervenção.

INDO ADIANTE

666 Livro indispensável é o estudo da situação peruana, nos anos 1980.[31] A respeito da lógica da proibição e suas consquências, leia-se Thornton.[32] En-contraremos perspectiva mundial sobre o fenômeno do mercado negro em Sauvy.[33] Quanto à real amplitude do mercado negro atualmente, estudos de Schneider e colaboradores são a melhor fonte.[34]

30. Thornton 1991, 149 ss.

31. De Soto, 1989.

32. Thornton 1991.

33. Sauvy 1984.

34. Dreher Schneider 2006; Schneider/Enste 2000; Schneider 2002; Schneider/Klingmair 2004; Schneider 2006; Trogler/Schneider 2007.

parte II

Instituições jurídicas

"The role of economics in moral and political debate is to draw attention to consequences or implications that people ignorant of economics commonly overlooked.

What you do with those consequences is your business. The basic job of the economist is to remind us of the consequences, often though not always adverse or at least costly, of acts or practices that we might otherwise think clearly good of clearly bad."[1] ***Richard A. Posner***

"O papel da economia no debate moral e no político é chamar a atenção para as consequências ou implicações que as pessoas que ignoram economia comumente deixam escapar. O que você faz com tais consequências é seu negócio. A função básica do economista é nos recordar das consequências, em geral, embora não sempre adversas ou ao menos onerosas, de atos ou práticas que poderíamos, de outra forma, considerar claramente boa ou claramente má."

667 Nesta segunda parte, examinaremos mais áreas do direito privado para mostrar como a análise econômica do direito permite auxiliar no seu esclare-cimento. Para alguns leitores, esse esclarecimento não faz mais do que con-firmar a concepção que o civilista tem da matéria. Têm razão. Mas a análise econômica do direito, mais do que, de forma banal, retoma concepções dou-trinárias. Propõe método para, de forma sistemática e transparente chegar a elas e mostra, ainda, a unidade do direito civil. Esse método é, também, acessível aos juristas que ainda não têm muita experiência.

1. Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law, em: *Chicago Lectures in Law and Economics*, Eric A. Posner (dir.), New York, Foundation Press, 2000, p. 189-201, 200.

668 Se os capítulos que se seguem, por vezes, aparentam ser exposições de direito positivo, convém lembrar que o objetivo do livro não é fazer uma exposição sistemática das regras de direito positivo, mas mostrar que se pres-tam à análise que permite separar os principais efeitos e mostrar sua razão de ser. Na análise econômica do direito a justificativa das regras recai sobre seus efeitos de incentivos.

669 Antes de passar aos temas familiares aos juristas, dedicaremos um ca-pítulo ao "teorema de Coase". Quando formulado, em 1960, o teorema teve o efeito de uma bomba, levando a crer que, mediante a solução do problema das externalidades, o conteúdo do direito seria indiferente. Vista de perto, a fórmula era mais sutil: sendo possível concluir acordos sem custos, as exter-nalidades seriam resolvidas pela mera interação das partes, sem necessidade de intervenção do Estado afora o estabelecimento de regras de propriedade indicativas dos titulares de umas e outras e das instituições para que sejam respeitadas. Se os acordos forem custosos, a atribuição de direitos e as regras de responsabilidade ganham importância. O teorema de Coase estabelece cla-ro ponto de contato entre a economia e o direito civil de propriedade, respon-sabilidade e contratos. Parece, agora, uma excelente proposta.

670 Seguem-se capítulos consagrados aos domínios clássicos do direito civil que são a propriedade, a responsabilidade civil extracontratual e as obriga-ções contratuais. A análise econômica põe em evidência o efeito de incentivo das normas: a propriedade como instituição estimula a gestão prudente e a inovação no uso dos recursos escassos; a responsabilidade, como incentivo para evitar acidentes, bem o exemplifica; as regras contratuais visam a mini-mizar os custos dos mal-entendidos e os esforços das partes para preveni-los. Nas análises detalhadas, ver-se-á como o direito atribui, em geral, os ônus da prevenção ou da absorção de riscos à parte que, no caso, possa assumi-los ao melhor custo.

671 A partir da propriedade clássica, propomos uma análise da propriedade intelectual, que tem certas características da primeira, mas dela se distingue no que se refere ao objeto
– estruturas de informação de diferentes espécies
– não sendo, por natureza, escassa. Esses tratos diferenciais conferem à pro-priedade intelectual caráter híbrido: de estímulo à criatividade imediata, cla-ro, mas de maneira circunscrita para deixar espaço para a criatividade futura, cujos limites aparecem no trato jurídico dos diferentes direitos de proprieda-de intelectual.

672 Depois dos capítulos consagrados ao direito civil, apresentaremos três ca-pítulos tratando da empresa e seu financiamento, portanto da empresa como agente econômico; depois, da estrutura da sociedade por ações, e, enfim, do mercado de valores mobiliários. O conjunto desses setores é, provavelmente, aquele em que a "revolução" intelectual que provocou a análise econômica do direito mais acentuada. Do domínio mais técnico, e reservado aos especialis-tas que havia nos anos 1950, o setor tornou-se um dos mais dinâmicos, graças

ao notável desenvolvimento da teoria de finanças com imediatas repercussões na análise econômica do direito de empresa. O fio condutor, aqui, parece ser evitar comportamentos oportunistas de certos atores à expensas de outros: os administradores contra os acionistas; os acionistas controladores contra os minoritários; o conjunto de acionistas contra outras partes interessadas (*stakeholders).* A existência de regras reduz o custo do financiamento das ativi-dades da empresa e estimula, também, a inovação. Na mesma linha mostra-se que a responsabilidade limitada dos acionistas permite diversificar os riscos por eles assumidos, fato que contribui para tornar o financiamento mais facil-mente disponível.

673 Pareceu oportuno incluir, ao final do volume, um capítulo dedicado ao método de análise econômica do direito. Esperamos que o leitor que busque o desenvolvimento dos diferentes capítulos da segunda parte obtenha, como por osmose, as instituições próprias para fazer tal análise. É, demais disso, o que indicam as introduções em inglês. No capítulo sobre o método tentamos explicitar o essencial desse saber.

capítulo 1

O teorema de Coase

"The simple Pigovian policy formula, carried to the logical extreme, implies that government should intervene, every second of our lives, to correct these myriads of externalities that surround us all the time." ***John Burtun***[1]

"A fórmula Pigovian simples, levada à lógica extrema, implica que o governo deve intervir, a cada segundo de nossas vidas, para corrigir a miríade de externalidades que nos cercam a todo tempo."

INTRODUÇÃO: A VERDADE DOS PREÇOS E A TRANQUILIDADE DOS VIZINHOS

674 O atual movimento de análise econômica do direito começou, verdadei-ramente, com o artigo de Ronald Coase, publicado em 1960, sobre o custo social. A ciência econômica tinha, ao longo da primeira metade do século XX, chegado a formalizar a intuição que remonta a Adam Smith, segundo o qual a economia, deixada nas mãos dos atores, evolui, geralmente, para os melho-

res arranjos do ponto de vista de bem-estar de todos.[2] No seu tratado sobre a economia do bem-estar, o economista inglês Arthur Pigou contestava essa conclusão, mostrando que tal evolução era impossível nos casos em que não se pode desenvolver um mercado para bens escassos. O caso particular que lhe interessava era o do *efeito externo,* ou *externalidade.*

675 Pigou afirmara que uma externalidade é produzida quando "uma pessoa, enquanto presta um serviço a uma contraparte, o estende a terceiros, ou faz com que o serviço imponha custos aos terceiros de maneira que não se possa

1. Epilogue: Externalities, Property Right, and Public Policy: Private Property Rights and the Spo-liation of Nature, em: *The Myth of Social Cost*, Steven N. S. Cheung (dir.), San Francisco, CA, Cato Institute, 1980, p. 53-71, p. 56. Epílogo: Externalidades, Direito de Propriedade e Política Pública: Direitos de Propriedade Privados e a Espoliação da Natureza em: *The Myth of Social Cost.*

2. Demsetz 2003, 283.

cobrá-los dos beneficiários ou deles obter uma indenização em proveito das vítimas."[3] O custo privado suportado por quem engendra a externalidade ne-gativa é inferior ao custo social, que é a soma desses custos privados ou dos causados a terceiros. O exemplo que se costuma dar é a poluição gerada pela atividade de uma empresa em detrimento dos vizinhos. O custo da poluição não integra os custos que entram no cálculo da empresa. O bem ou fator de produção (aqui o meio ambiente) não é apropriado perfeitamente: o poluidor o "toma" sem ser proprietário e sem pagar. Produz a um custo menor do que o custo real. A verdade dos preços não é respeitada, e os atores econômicos orientam mal suas decisões de produção e de consumo, fiando-se no preço. Para restabelecer a verdade dos preços, Pigou preconiza regras de responsabi-lidade ou, também, – intervenção mais direta – impostos ditos "pigouvianos" ou, eventualmente, subvenções ou uma forma de regulamentação impostas ou acordadas com aqueles que criam as externalidades negativas. Essa con-clusão constituiu a ortodoxia dos economistas até 1960.

676 Coase intuiu que tal conclusão se impunha menos do que Pigou nela acreditava. Refletindo sobre a questão, pareceu-lhe que as externalidades constituíam, no fundo, diferenças relativas aos usos correntes e incompatíveis de um recurso que se tornara escasso. Espetacularmente, concluiu que a solu-ção a que as partes chegariam para resolver tais diferenças *não depende da forma pela qual os direitos são atribuídos,* mas é sempre a utilização mais valorizada (a mais proveitosa) a que prevalecerá. Se a parte que deseja empreender não tem, no início, o direito de seu lado, ela o "adquire" e indeniza a outra parte, garantindo para si certo lucro. O inverso não é verdadeiro porque a outra par-te, cuja utilização é menos rentável, seria incapaz de indenizar a primeira pela perda do lucro que sofreria se devesse se privar da exploração em questão. A regra de responsabilidade, ou outra regra corretiva, que Pigou considerava essencial, seria desnecessária para fazer respeitar a veracidade dos preços.

677 A conclusão de que as regras de responsabilidade e, mais genericamente, a atribuição precisa de direitos não influi sobre o uso que será efetivamente dado aos recursos raros ou escassos, iria ao encontro da intuição dos juristas no momento em que Coase, pela primeira vez, a formulou. E não apenas os juristas, mas, também, os economistas tinham digerido mal o questionamen-to de Coase às conclusões de Pigou. Em Chicago, Coase foi convidado para uma reunião, à noite, na casa de Aaron Director, para defender suas ideias

3. Pigou 1932, 183: "[...] one person A, in the course of rendering some service, for which payment is made, to a second person B, incidentally also renders services or disservices to other persons (not producers of like services), of such a sort that payment cannot be exacted from the benefited parties or compensation enforced on behalf of the injured parties." "[…] uma pessoa A, no curso de prestar algum serviço, pelo qual se paga, a uma segunda pessoa, B, incidentalmente também presta serviços ou desserviços a outras pessoas (não produtoras de serviço igual), de tal sorte que o pagamento não pode ser obtido das partes que se beneficiam ou compensação exigida em favor das partes oneradas".

perante economistas do porte de George Stigler e Milton Friedman. No início da noite, conta Stigler, contagem informal mostrava 20 votos a favor de Pigou e apenas um para Coase – o do próprio.[4] Travou-se nesta noite memorável de-bate, como se esperaria, com Milton Friedman. Mas ao fim, nova unanimide fora alcançada: 21 votos a favor de Coase. Coase foi convidado e refinar suas ideias e a publicá-las no novo *Journal of Law and Economics.*[5]

678 Para o jurista, a intuição de Coase tem muitas ideias desconcertantes. As-sim, enquanto no caso de poluição o dano é, em termos jurídicos, *causado* pelo poluidor, Coase leva a entender que o problema é simétrico: o poluidor interfe-re com a atividade da vítima, mas a presença desta interfere com a exploração normal visada pelo primeiro. O problema deve ser analisado como um conflito de usos que não podem ser perseguidos simultaneamente. Em seguida, Coase explica que o mecanismo de preços no mercado existe para fazer prevalecer o uso mais valorizado, qualquer que seja a configuração dos direitos.

679 O direito da responsabilidade não tem mais nenhum papel? Essa conclu-são seria prematura, pois, na sua demonstração inicial, Coase aventa a hipó-tese de que as partes possam, sem custo, chegar a um entendimento. Mas, em seguida, no artigo, abandona tal hipótese simplificadora e mostra que, havendo custos para a conclusão de um acordo, e por isso certos acordos que parecem proveitosos não serão concluídos, a configuração dos direitos tem influência sobre o uso preciso que será dado aos recursos escassos. O saber do jurista é reabilitado.

680 As ideias de Coase convidam a uma reflexão sobre o papel do direito na economia. A fim de explicá-lo, sigamos Coase reconstruindo, sobre exemplo simples, a demonstração do que Stigler denominou de "teorema de Coase".[6]

Seção 1

O teorema

1. CUSTOS DE TRANSAÇÃO NEGLIGENCIÁVEIS

681 Imaginemos, em passado longínquo, a seguinte situação. Uma marcena-ria próxima do consultório de um médico que pratica medicina geral e psi-canálise. A interação entre os dois vizinhos se desenvolve sem atritos até o momento em que a marcenaria, pelo sucesso de suas operações, instala má-quinas mais potentes, fonte de barulho e vibração, incomodando o médico.

4. Kitch 1983, 221; ver também Duxbury 1995, 384; Friedman 2000, 36.

5. Coase 1959, 1960.

6. Sigler 1966, 113.

De súbito, a clientela do médico diminui, o que lhe causa perda de parte da receita. Presuma-se que ele não encontra, nas imediações, nenhuma pessoa ou instituição incomodada pelo barulho ou a vibração.

682 Para resolver o problema, há duas opções que seriam as menos onero-sas. A primeira, sob controle da marcenaria, consiste em instalar isolante nos muros; a segunda, sob controle do médico, construir um consultório em local mais distante da marcenaria na sua propriedade. Os custos de ambas as soluções são consideráveis, mas inferiores aos danos para o médico, resultan-tes da perda permanente da clientela, e inferiores às perdas ocasionadas pela redução, ou cessação total, das atividades de um ou do outro dos vizinhos. Presuma-se que, adotada uma ou outra solução, o médico recupere, imediata-mente, sua clientela e que as perdas ocasionadas pela redução temporária da clientela sejam não significativas.

683 Do ponto de vista do direito, podem ser consideradas duas hipóteses. Na primeira, a marcenaria é responsável pelas perdas causadas ao médico. Alternativamente, ela não é responsável, sendo o barulho e as vibrações con-siderados como parte dos inconvenientes normais da vizinhança.

684 A demonstração do teorema de Coase deveria estabelecer que a solução a que as partes chegariam depende do custo das diferentes soluções possíveis e não da regra jurídica aplicável. Como há duas soluções técnicas, e duas regras jurídicas, há quatro configurações possíveis que podem ser representadas no quadro de dois por dois (Quadro II, 1.1). No quadro, procura-se demonstrar que a solução é única para qualquer coluna, enquanto varia por linha.

Quadro II, 1.1 – O teorema de Coase na mais simples versão

A serraria é responsável
A serraria não é responsável

685 Na casa superior à esquerda, a marcenaria é responsável e, das duas so-luções possíveis, a sua é a menos cara. Como ela é responsável pelo prejuízo causado, por hipótese superior ao custo de uma ou da outra solução preven-tiva, deve tomar a iniciativa do processo que levará à implementação de uma solução preventiva. Sendo a solução sob seu controle a menos cara, ela pode implantá-la sem necessidade de se entender com o vizinho.

686 Na casa imediatamente abaixo, a marcenaria não é responsável, ainda que a configuração dos custos das soluções seja a mesma. Como a regra jurídica mudou, cabe agora ao médico, que suporta o prejuízo não indenizável, embo-ra mais oneroso que uma solução preventiva, tomar a iniciativa do processo de implantação de uma solução. Dessa vez, a solução menos cara não está sob seu controle, mas sim sobre o de seu vizinho. O médico tem interesse em pe-dir ao vizinho para que isole sua fábrica, oferecendo-se para assumir o custo. O acordo é vantajoso para as duas partes: o médico evita a perda de clientela, ou mesmo o custo de mudança de seu consultório, reduzindo o custo – médio

– isolar a fábrica, o que lhe deixa um excedente para levar a fábrica a aceitar o acordo, pode oferecer uma parte desse excedente para "dourar a pílula".[7] A margem que o médico tem para oferecer tal soma consiste, exatamente, na diferença entre o custo do isolamento da fábrica e o da solução menos cara sobre a qual o médico tem o controle e que deveria adotar à falta daquela. Ao oferecer uma parte do excedente à marcenaria, mantendo o restante, o médico leva as duas partes a comporem suas contas nesse acordo *em comparação com a situação em que elas estariam sem acordo.* Reencontra-se aqui a noção de "custo de oportunidade" explicada no capítulo sobre o mercado e a concorrência.[8]

687 Raciocionando de forma análoga sobre as possibilidades da figura esque-matizada na coluna da direita, a mudança do consultório do médico é a solu-ção menos cara. No quadro superior, a marcenaria aceita pagar ao médico para que ele mude seu consultório; no inferior abaixo, o médico o faz por iniciativa própria, sem acordo com a marcenaria.

688 O diagrama mostra que a solução efetivamente adotada é idêntica à ante-rior em cada coluna e corresponde à opção menos onerosa existente no topo da coluna. A mudança da regra de direito não faz a solução adotada variar. Ela determina, porém, a pessoa que toma a iniciativa do processo que conduz à implantação da solução e, ao mesmo tempo, quem assume o custo. Pode-se dizer que o custo da solução do conflito de utilização de um recurso – aqui o meio ambiente comum aos dois vizinhos – é imputado a ou *internalizado* por uma ou a outra das atividades ou ocupações. A regra jurídica determina qual das atividades assume o custo; responde, dessa forma, à questão de saber o que é o custo do quê.

7. O inglês emprega aqui o termo *bribe*, que, nesse sentido, nada tem a ver com a corrupção.

8. Ver o Capítulo 3 deste livro.

689 Demonstra-se, pois, o interesse na fixação dos limites dos respectivos direitos das partes. Isso determina as situações em que a marcenaria é res-ponsável e aquelas em que não é. Se o teorema de Coase, na sua versão sem custos de transação, explica ser indiferente a forma como os direitos são re-partidos entre as partes, pressupõe, nada obstante, que sejam bem determi-nados. Inexistindo direitos bem definidos, não é **evidente**, nos casos aqui citados, **determinar** qual das duas partes deve tomar a iniciativa nem, sobre-tudo, quem assume os custos da solução. Cada parte se esforçará para tentar fazê-los recair sobre a outra. As iniciativas recíprocas produzem uma situação hobbesiana de cada um por si, como no caso do dilema do prisioneiro jogado uma única vez. Se a situação perdurar, pode ensejar entendimentos que defi-nam os direitos: o dilema do prisioneiro repetido indefinidamente.

690 A demonstração é validada se a opção menos onerosa for a de assumir a perda da clientela pelo médico. Pela lógica já exposta, chega-se à solução que, sendo responsável, a marcenaria paga o prejuízo e o assume como custo operacional. Enquanto, se não for assim, é o médico que assume esse custo. Novamente, a opção menos onerosa é tida como solução (Quadro II, 1.2, co-luna da direita).

691 Pode-se supor que o resultado seria diferente se a marcenaria fosse não apenas responsável pelo prejuízo, mas que uma Corte pudesse obrigá-la (*in-junção),* intimando-a a cessar os prejuízos causados às atividades do médico. Examinemos mais detalhadamente essa hipótese, que vem exposta na linha do meio do Quadro II, 1.2.

Quadro II, 1. 2 – O teorema de Coase com injunção

A serraria é responsável

(*Continua*)

(*Continuação*)

A serraria é responsável e podem ser impostas injunções	
A serraria não é responsável	

692 Constata-se que mesmo se o médico pudesse recorrer à injunção, ele não teria interesse em fazê-lo. A implementação de uma das duas soluções preventivas (duas primeiras colunas) elimina qualquer fundamento para tal demanda. No caso de a marcenaria pagar as perdas do médico e oferecer um "prêmio de encorajamento", o acordo, igualmente, elimina qualquer funda-mento para requerer a injunção. No pior caso, não se entendendo médico e marcenaria, a marcenaria seria levada a isolar sua fábrica, com o que, na falta de injunção, se satisfaria em indenizar o médico pelas perdas. Mas esse pior cenário pressupõe comportamento oportunista do médico, que se mostra in-sensível ao prêmio oferecido pela marcenaria para "dourar a pílula".

693 A demonstração não seria diferente se a solução menos cara fosse a de mudança de um dos vizinhos, ou seja, o fechamento da fábrica ou do consul-tório. Se um dos dois vizinhos – presuma-se, agora, se trate de duas empre-sas comerciais – tomar o controle da outra empresa, a demonstração vale da mesma forma, pois, com regra de responsabilidade, ou sem ela, a decisão da direção será imputar o custo da

interferência entre as duas atividades a uma delas, ou dividi-lo entre ambas. Claro que a imputação do custo da solução do conflito de usos pode ser igualmente pensada ainda que as partes continuem independentes: a divisão da responsabilidade acabará por ocorrer.

2. CUSTOS DE TRANSAÇÃO SIGNIFICATIVOS

694 A demonstração atrás exposta pressupõe que as partes possam chegar a se entender sem custos. É como um mundo sem atrito em uma demonstração na física. Na realidade, esses custos são, de regra, apreciáveis, e convém exa-minar o que ocorre nesse caso.

695 Admitamos que os custos de transação sejam proibitivos porque as par-tes não se encontram e não se entendem antes de sua interação (como no caso de acidentes rodoviários, por exemplo), ou que os acordos sejam mui-to difíceis de negociar ou respeitar. Nessa demonstração, todos os casos em que a solução efetivamente implantada pressupunha um acordo darão lugar, agora, a uma diferente solução. A solução é determinada pela identificação da pessoa que toma a iniciativa no processo, o que conduz à adoção de uma solução, examinando-se a que solução pode recorrer quando a outra parte não seja acessível.

696 O Quadro II, 1.3 retoma os diferentes casos na hipótese de custos proibi-tivos para chegar a um acordo.

697 Examinando as mudanças que ocorrem nos casos marcados "Acordo ex-cluído", constata-se que a solução não é mais constante na coluna, mas é escolha entre as opções diretamente controladas pela parte que toma a inicia-tiva, e uniforme nas linhas. A repartição de direito é, ainda, crucial porque de-termina a solução que será efetivamente implantada! Ainda assim é possível que se chegue a ver implantada uma solução **marcada em negrito**, que não é a mais vantajosa para todos.

Quadro II, 1.3 – O teorema de Coase com injunção

A serraria é responsável

(*Continua*)

(*Continuação*)

A serraria é responsável e pode ser imposta injunção	
A serraria não é responsável	

698 O que fazer diante dessa perspectiva pouco brilhante? O legislador que sabe que, em geral, nas interações desse tipo, a solução sob o controle das marcenarias é menos onerosa que aquela à disposição dos médicos, pode-ria raciocinar como segue. No diagrama, nós nos situamos na primeira colu-na. A casa que se quer evitar é a da solução marcada em negrito porque ela não é a menos onerosa. Optamos, então, pela regra jurídica da primeira ou da segunda linha. Ela consiste em imputar responsabilidade às marcenarias, chegando-se, desse modo, a implantar a solução menos onerosa. Da mesma maneira, se os custos relativos às soluções se apresentarem como formulados na segunda coluna, em que a mudança do consultório médico é a menos one-rosa das soluções, a regra de direito deve prever que os médicos a assumem, isentando as marcenarias de responsabilidade.

699 O quadro representa leitura do direito da responsabilidade civil que será desenvolvida no capítulo dedicado ao tema. Comparemos a primeira e a ter-ceira colunas do Quadro II, 1.3. Na primeira, a marcenaria pode prevenir as perdas do médico a custo inferior das mesmas, enquanto na terceira colu-na, as perdas são menos onerosas que a solução preventiva sob controle da marcenaria. Enquanto os custos de transação forem

proibitivos, como ocorre com frequência no caso de acidentes, a lógica que desenvolvemos conduzirá

a tornar a marcenaria responsável, uma vez que a solução preventiva é menos onerosa do que as perdas ocasionadas ao médico. No caso contrário, é o mé-dico que as assume, e a marcenaria não é responsável.

700 Na medida em que a solução preventiva à disposição do autor de um dano for menos onerosa do que as perdas impostas pela falta dessa prevenção, o autor poderia ser considerado, em termos jurídicos, *culpado* por não ter preve-nido, e será, pois, condenado a pagar os danos. Isso lhe dá, bem como a outros na mesma situação, incentivo para prevenir. Em caso contrário, o fato de se impor o pagamento ao autor do prejuízo não gera esse interessante efeito es-timulador, não há culpa. Esses acidentes são mais bem assumidos sob forma de seguro pela vítima, como, na demonstração do teorema, no caso em que o médico é levado a assumir suas perdas.

3. GENERALIZAÇÃO PROPOSTA POR DEMSETZ

701 Em artigo recente, Demsetz retoma a argumentação de Coase naquilo que se refere a situações com custos de transação significativos. Reclama que Coa se não foi a fundo em sua própria lógica.[9] Se os acordos são custosos, Coase estima que pode ocorrer um embate entre o custo privado e o custo social pelo fato de que certos custos não serão levados em consideração, à falta de entendimentos "internalizantes" entre interessados. A solução eficaz para o problema dos usos concorrentes de recurso escasso não seria atingida. O pro-blema da externalidade é bem real.

702 Demsetz se opõe a tal conclusão. A eficácia, aqui, reflete o julgamento do ótimo resultante do fato de que todos os ganhos realizáveis por contratos ce-lebrados dentro do sistema de preços (mercados), se concretizados, levam em conta todos os custos. Por isso, Demsetz sustenta que é preciso comparar a si-tuação de duas propriedades distintas com aquela em que as duas pertencem a um único proprietário. Se um só proprietário administra o conflito de usos concorrentes entre as atividades do médico e as da marcenaria, aumentará a produção de uma delas desde que os ganhos por ela produzidos ultrapassem as perdas da outra. É exatamente para esse ponto que as negociações entre partes distintas seriam direcionadas na inexistência de custos de transação.

703 O que acontece quando os custos de transação são significativos? É pre-ciso considerar que o proprietário único, gerindo muitas atividades distintas, criará custos de administração tanto mais elevados quanto o número e a di-versidade das atividades aumentarem. Ele estará, então, frente a uma decisão de "segundo grau", saber qual o aumento dos custos de gestão que deverá suportar para determinar o equilíbrio mais rentável entre as duas ativida-des administradas e se se justificam em relação aos benefícios resultantes de

9. Demsetz 2003, 282-300.

melhor atribuição. Haveria, então, uma certa margem de ganhos de atribuição que não é mais acessível por força da elevação dos custos de gestão que deve-ria suportar para obtê-los. O gestor buscará o ótimo nos dois níveis de decisão a cada vez.

704 Transpostas para a situação de propriedades distintas, as considerações sugerem que, da mesma maneira, certos arranjos que parecem lucrativos não se afiguram mais acessíveis ao se levarem em conta os custos dos entendi-mentos necessários para realizá-los. A externalidade é simplesmente o nome que se dá aos custos de interação, ou de coordenação, enquanto os recursos
concorrentes estão em diferentes mãos.[10] Se estiverem nas mãos de uma só pessoa serão denominados "custos de administração". A consideração essen-cial é, pois, saber qual a escolha da estrutura de propriedade para administrar as utilizações concorrentes.

705 Afastamos, como situação extrema, a hipótese segundo a qual os custos de transação positivos são sempre proibitivos. A transação possível, mas cus-tosa, entra no balanço com os ganhos que permite obter graças ao entendi-mento entre as partes. A parte que toma a iniciativa, segundo a demonstração precedente, escolherá o equilíbrio mais proveitoso entre custos e ganhos re-sultantes dos entendimentos. Não há, pois, descolamento entre custo social e custo privado, pois todos os custos serão sempre levados em consideração. Para Demsetz, "custos de transação" são custos de produção como os demais. Sob essa perspectiva, o mundo sem custos de transação não seria mais do que a extremidade da escala, e as conclusões relativas à atribuição de direitos vale-riam igualmente. O que varia é o custo relativo de mudar tal atribuição e, portanto, os ganhos de produtividade que podem ser obtidos pelos interessados.

706 O sistema dos mercados perfaz sua tarefa ainda que os custos de transa-ção sejam não negligenciáveis. Eles pertencem aos sistemas jurídico e político de atribuição de direitos. Para Demsetz, isso pode ter consequências sobre o grau de bem-estar que se possa alcançar, mas fica, ainda assim, fora do meca-nismo de preços e não prejudica em nada a sua eficácia.

707 A exposição de Demsetz foca um ponto importante. A análise econômica do direito insiste sobre a eficácia da maior parte das normas existentes nos sistemas jurídicos vigentes, e, no plano normativo, sustenta a oportunidade de determinar a solução que seria eficaz para questões de política jurídica, quer dizer, de regras futuras. Ora, a noção de eficácia pressupõe que os direi-tos de propriedade sejam, minimamente, fixados. Haveria circularidade em pretender fundar a determinação inicial dos direitos de propriedade sobre considerações de eficácia.

10. Demsetz 2003, 287; ver também Calabresi 1991.

Seção 2

Objeções ao teorema

708 O teorema de Coase contrasta frontalmente com a intuição do jurista e mesmo a do economista. Por isso, desde o início procurou-se atacar a de-monstração. O artigo de Coase, de 1960, tornou-se um dos mais citados na literatura econômica do fim do século XX. Coase respondeu a seus detratores na ocasião de republicação de seus artigos-chave em 1981.[11] Apresentaremos duas objeções que suscitaram muitas discussões.

1. DISTRIBUIÇÃO DE RIQUEZAS

709 Uma primeira objeção considerou que o teorema ignora os efeitos sobre a distribuição das riquezas.[12] Conforme o médico ou a marcenaria assumam os custos do conflito de usos, o preço dos serviços médicos ou o das obras em madeira o espelhará. A produção e o consumo globalmente gerados variarão. No longo prazo, haverá uma variação.

710 Para responder, consideremos, mais especificamente, o que decorre dos recursos utilizados na nossa história. Se a marcenaria for responsável em rela-ção ao médico, a rentabilidade de sua operação diminui. Entretanto, ela opera em regime de concorrência com marcenarias estabelecidas em outros locais. Se a rentabilidade destas não for afetada pela nova regra de responsabilidade, nossa marcenaria, para permanecer no negócio, deve obter a mesma rentabili-dade. Suponhamos que a mão de obra e outros recursos possam ser facilmente deslocados para outro local e a atividade gere a mesma rentabilidade (demanda elástica). Isso quer dizer que a marcenaria deve procurar pagar menos pelo re-curso – aqui o terreno – que lhe impõe o custo da responsabilidade. O terreno está, para assim dizer, em concorrência com outros terrenos que não geram tal responsabilidade civil. Como os rendimentos futuros de um recurso são imediatamente capitalizados no preço sobre o qual influi, é preciso verificar no que o preço dos terrenos, com vizinhos sensíveis ao barulho e vibrações, possa ser reduzido para refletir o problema. O adquirente que pretenda estabelecer atividade de marcenaria nesse terreno não aceita adquiri-lo se o preço não lhe permitir obter rentabilidade normal para uma marcenaria.

711 De maneira geral, o custo do conflito de uso é, imediatamente, interna-lizado no preço – capitalizado – do recurso afetado: vale menos conforme as utilizações se tornem mais custosas ou impossíveis. Entenda-se, em sentido

11. Coase 1988. 157-185; retomado em Coase 2000, 77.

12. Desenvolvido por Coase [1988] na seção IV de suas notas.

contrário, que um novo uso mais lucrativo do recurso é, também, imediata-mente capitalizado, sob forma de aumento do seu preço. Para voltar à situação coasiana, o proprietário do recurso, no momento em que é fixada ou enunciada a nova regra que impõe responsabilidade pelo uso do recurso, sofre uma perda de capital; os compradores subsequentes o adquirem a preço que permita ren-dimento normal. Pela mesma dinâmica, o valor do terreno em que se estabelece um médico aumentará, sob pressão da concorrência, para levar em conta o ga-nho que produz, além do dano reparado, de sorte que não precisa mais assumir o custo dos inconvenientes da vizinhança, se os houver. Se a regra de respon-sabilidade oposta for adotada, a dinâmica atua no sentido inverso: o terreno do médico baixará de valor, enquanto o da marcenaria aumentará. Em resumo, a validade da teoria não é afetada pelo ajuste de preço dos recursos.

2. EFEITO DA DOTAÇÃO

712 A demonstração do teorema pressupõe, implicitamente, que o preço de um direito não varia conforme seja comprado ou vendido. Ora, pesquisas ex-perimentais demonstraram que as pessoas tendem a exigir mais para se des-fazerem de um bem do que ofereceriam para adquiri-lo.[13] A diferença seria da ordem de 200% a 300%. Poderíamos pensar que tal diferença valeria apenas para somas, ou objetos, que representem uma parte substancial dos have-res da pessoa, mas as pesquisas mostram que ocorre em relação a pequenas somas como as que se paga por um lanche na cafeteria Hydro, na Colúmbia britânica.[14] O efeito foi demonstrado por uma série de experiências e em con-textos bastante variados. Em inglês, inventou-se a expressão *endowment effect* para designar o fenômeno[15] aqui denominado de *efeito de dotação.*[16]

713 Que conclusão pode-se tirar do teorema de Coase? Se o efeito se manti-ver em outras experiências, porá em questão a validade do teorema de Coase na sua generalidade. De Meza sustenta que, mesmo admitindo que as pessoas prefiram, em geral, manter sua propriedade e em consequência fazem menos trocas do que no caso contrário, as trocas efetivamente realizadas geram ga-nhos para as duas partes.[17] Mas esse argumento não nos parece suficiente, porque a invariância que o teorema postula não valeria e a situação jurídica inicial, qualquer que seja a origem, pode ser a final.

714 Resposta mais promissora promana de novos estudos experimentais que tendem a demonstrar que as pessoas são tanto menos sujeitas aos efeitos da

13. Knetsch 1983; Kahneman 1990; para um sobrevoo da literatura: Curran 2000.
14. Knetsch/Weinrib 1979.
15. Knetsch 1989; Kahneman et al. 1990; a literatura está resumida em Hoffman/Spitzer 1993.
16. Termo em francês proposto em Bertrand/Destais 2002 e Bertrand 2003, 240.
17. De Meza 1996.

dotação quanto sua regular participação em transações comerciais. Hoffman e Spitzer, no seu resumo da literatura, já haviam proposto a questão da ex-tensão do efeito, dado que há florescentes mercados de pulgas, numerosas "vendas de bens usados" e que as pessoas vendem seu automóvel velho ao comprarem um novo.[18] Estudo mais recente compara especificamente não co-merciantes e comerciantes quanto ao efeito dotação e observa que o efeito vai, pouco a pouco, desaparecendo no segundo grupo.[19]

715 No conjunto, os resultados empíricos, essenciais para deslindar a ques-tão, mas ainda incompletos, não nos parecem, porém, autorizar uma conclu-são que ponha em dúvida a validade do teorema de Coase.

Seção **3**

Implicações do teorema

1. DIREITOS E RESPONSABILIDADES A ATRIBUIR

716 Coase sempre sustentou que a hipótese de transações sem custo não é mais do que simplificação que facilita compreender a teoria, para atentar me-lhor para o mundo em que as transações são onerosas e em que a atribuição inicial de direitos pode bem ser a final.[20] A recomendação de política do direi-to, para o caso de significativos custos de transação, seria conferir o melhor direito à parte que, inexistindo tais custos, tê-lo-ia adquirido da outra, se não fosse desde logo a titular, ou, fórmula lapidar, atribuir o direito àquela das partes que mais o valorizassem.[21] Se, para retomar nosso exemplo, a solução sobre o controle da marcenaria fosse menos cara, e o direito não lhe imputas-se responsabilidade, o médico poderia pagar à marcenaria para que ela fizesse o isolamento (teria adquirido, por assim dizer, o direito a meio ambiente sem barulho e sem vibração), enquanto, nas mesmas circunstâncias, o inverso não seria verdadeiro: a marcenaria não pagaria ao médico para que ele implantas-se sua solução, porque a própria é menos cara. Nesse caso, das duas partes, é o médico quem valoriza mais seu uso, dado que ele pagaria à outra para respeitá-lo.

717 Outra fórmula para exprimir esse raciocínio foi proposta por Calabresi.[22] Em um conflito de usos que gera perdas ou acidentes, trata-se de imputar

18. Hoffman/Spitzer 1993.
19. List 2000. Também Shogren et al. 1994; sobre o conjunto do problema, ver Epstein 2003, 210-218.
20. Coase 1994, 11; Coase 2000, 115.
21. Cooter/Ulen 2004, 98; Friedman 2000, 44-45.
22. Calabresi 1970, 136 ss.; Calabresi/Melamed1972, 1118, 1119, 1127.

a responsabilidade àquela das partes envolvidas que pode, ao menor custo, reduzi-los ou evitá-los (*cheapest cost avoider*).[23] No nosso exemplo, essa parte seria a marcenaria; o resultado se conforma com aquele obtido segundo as outras fórmulas.

718 Do que antecedeu decorre que o papel do direito, e o escopo sobre o qual as regras devem ser escolhidas, variam em função dos custos de transação. Enquanto os custos são pouco importantes, o legislador ou o juiz podem se satisfazer em articular os direitos com relativa indiferença – com a condição de que o façam com precisão – sabendo que a má atribuição será corrigida pelo "mercado", segundo as necessidadee das transações entre partes. À me-dida que os custos de transação aumentem, essa correção será cada vez menos acessível e terá, como efeito, fazer com que, cada vez mais, se façam boas formulações de direitos.

719 Compreende-se que a função geral que a análise econômica detecta no direito seja reduzir os custos de transação por todos os meios possíveis. De-mais disso, os interessados perseguem, também eles, esse objetivo, porque se os custos de transação forem baixos, a busca pela eficiência, até por acordos entre particulares, é mais fácil.

720 Consequência dessa posição está presente no reagrupamento de prerroga-tivas que formam um direito no seio do sistema jurídico. Convém modelar os direitos de tal sorte que, se o direito A interessa a pessoas que já têm o direito B, os dois direitos serão somados, agregados em um só "grande" direito. Assim, a propriedade das terras implica o direito de controlar o que acontece na sua superfície e, em seguida, no subsolo, mas não o direito de sobrevoo em altitu-
de elevada.[24] O fato de reunir muitos direitos de disposição em um "grande" direito reduz os custos ligados à transferência e, portanto, diminui os custos de transação.

720a. Nota da tradutora O Código Civil Brasileiro, art. 1.229, determina que a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspon-dentes em altura e profundidade úteis ao seu exercício. Na delimitação desse direito proíbe que o proprietário se oponha a atividades realizadas por tercei-ros a altura ou profundidade que não tenha interesse legítimo em impedi-las. Em seguida (art. 1.230), exclui da propriedade do solo jazidas, minas e outros recursos minerais, potenciais energia hidráulica, monumentos arqueológicos e outros bens previstos em leis especiais.

Nota-se o cuidado do legislador em compor interesses individuais e cole-tivos, o que, entende-se, reduz custos de negociação ou até mesmo a tomada de reféns em certas situações.

23. A expressão é devida a Calabresi 1970, 139.

24. CCQ 951; Código Civil francês 552; ver Friedman 2000 *Law's Order*, 44 para a *common law*.

721 O que fazer quando os custos de transação se convertem em importantes impedimentos aos acordos que prometeriam ganhos de eficiência? Para fazer boas escolhas de política legislativa, é preciso ter informações sobre o custo relativo das diferentes opções. Ora, na realidade tais informações são custo-sas.[25] Em caso de custos de transação significativos, enfrentam-se duas fontes de custos: de um lado, o custo da ineficiência resultante de má alocação dos direitos e, de outro, o custo de gerar e recolher informações necessárias para determinar a melhor atribuição de direitos e escapar de tal ineficiência. Estes custos variam em sentido oposto em função da amplitude das informações que devem ser obtidas. A opção teoricamente melhor é minimizar os dois custos. Na prática, tais custos não são fáceis de quantificar e, portanto, não será fácil determinar o ponto ótimo. Nada obstante, Calabresi oferece regra simplificadora para a busca da melhor relação entre custos de prevenção e custos administrativos. Sendo custoso identificar a pessoa que melhor possa minimizar os custos de certo tipo de acidentes, contentemo-nos com tornar responsável, se pudermos identificar com facilidade, uma classe de pessoas que podem influenciar, profundamente, tais custos sem que sejam, necessa-riamente, as mais bem colocadas para evitá-los.[26]

722 Calabresi propõe várias outras regras simplificadoras para guiar as esco-lhas em circunstâncias similares.[27] Se estivermos incertos quanto à escolha entre muitas categorias de pessoas que possam influir sobre a incidência de acidentes, escolhamos aquela mais bem colocada para negociar com as outras (*Best briber).* Se ficar demonstrado que nossa escolha não recaiu sobre a catego-ria mais bem colocada para reduzir os custos, ao menos teremos maximizado as possibilidades de que isso seja corrigido por acordos entre os interessados. Para encontrar essa pessoa, pode ser importante indagar quem tem melhor consciência do nível de risco em questão. Em outras circunstâncias a regra se concretiza no conselho para encontrar a pessoa, ou categoria de pessoas, que melhor podem evitar a carona ou *free riding*, quer dizer, coagir os interessados para um projeto coletivo (*best coercer*).[28] Em todas essas regras, a ênfase recai não sobre a tarefa – impossível – de encontrar a solução mais eficiente, mas, sobretudo, na concepção de um procedimento que promete, em princípio, le-var-nos o mais perto possível de tal resultado.[29] Eis o jurista no seu elemento: seu conhecimento recai, em boa medida, sobre a concepção de procedimentos.

25. Calabresi 1970, 139 ss.

26. Calabresi 1970, 143 ss. Dá como exemplo a opção de atribuir os custos dos acidentes de trânsi-to que confrontem pedestres e automobilistas conforme a quilometragem percorrida mais do que segundo a idade e os acidentes criados, sendo estes últimos fatores mais difíceis de estabelecer.

27. Calabresi 1970, 150.

28. Calabresi 1970, 151.

29. Friedman 2000, 61: "*a demonstration not of what the efficient rule is but of how one goes about finding it*." "uma demonstração não do que a norma eficiente é mas como se faz para encontrá-la".

723 Interessa, além disso, escolher a forma dos direitos de modo a minimizar as perdas resultantes de má alocação e maximizar as possibilidades de fazer correções. O direito de uma pessoa sobre um bem pode ser protegido de di-ferentes formas. Numa primeira hipótese, o recurso por violação se limita ao direito de demandar uma indenização. Alternativamente, o recurso pode se estender ao direito de requerer ordem judicial (*injunção* no direito de Québec) intimando o ofensor para que cesse toda violação e impor sanções como a *l'outrage au tribunal* em Québec ou a abstenção, em direito francês, visando a garantir o respectivo efeito.

723a. Nota da tradutora O Código Civil Brasileiro, no art. 1.210, dispõe sobre a manutenção da posse em caso de turbação, restituição em caso de esbulho possessório e manutenção diante de ameaça iminente de violência. O art. 1.228 prevê o direito do proprietário de reaver a coisa em poder de quem injustamente a possua ou detenha. Em seu parágrafo 1º está a regra referen-te ao exercício do direito de propriedade que deve observar as finalidades econômicas e sociais, com preservação da fauna e da flora, belezas naturais e equilíbrio ecológico, além de evitar a poluição.

724 Na literatura norte-americana denominam-se essas duas opções como *liability rule* e *property rule*;[30] em francês, poderia dizer-se *d'indemnisation* e *règle d'exclusivité* (regra de indenização e regra de exclusividade). A primeira per-mite o uso do objeto do direito, mesmo sem permissão do titular, portanto violando seu direito, mediante um preço fixado pelo juiz; a segunda, por seu turno, não permite o uso do objeto do direito senão com a concordância do titular e ao preço que ele aceite. O titular pode, eventualmente, recorrer aos tribunais para impedir, desde logo, qualquer uso não autorizado. A sanção imposta em caso de uso não autorizado que tenha ocorrido, apesar de tudo, seve para desencorajar a transgressão do direito (mais do que simplesmente indenizar a vítima).[31]

725 Essas modalidades de proteção incidem sobre a formulação dos direitos conforme os custos de transação sejam baixos ou elevados. Em caso de custo de transação baixo, aconselha-se a proteger os direitos mediante regras de exclusividade. Dessa forma, fica clara e pode ser facilmente corrigida a situa ção jurídica entre as partes, simplifica-se a tarefa dos tribunais se a eles se recorrer. Entretanto, se os custos de transação forem altos e a correção de equivocada atribuição de direitos por acordo entre as partes for impossível, deve-se verificar a possibilidade de correção, pelos tribunais, recorrendo estes aos usos feitos pelas duas partes, aplicando regras de responsabilidade.[32] É

30. Calabresi/Melamed1972,1092; Friedman 2000, 57-62, 151.

31. Friedman 2000, 151.

32. Regras enunciadas em Calabresi/Melamed 1972,1106 ss.– ver citação em Cooter/Ulen 2004, 105; Friedman 2000, 58; Posner 2003, 67 ss.; Kaplow/Shavell 1996.

preciso, então, aceitar que a corte possa não respeitar o valor subjetivo que as partes atribuem a seus bens tão fielmente como elas fariam. O consenso é conferir proteção por regras de exclusividade, salvo se, por razões precisas (custos de transação elevados), houver indicação contrária.

2. A NATUREZA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

726 Na demonstração do teorema de Coase, fica claro que os custos de tran-sação desempenham papel essencial na estruturação do direito. Menos lím-pido é o sentido que se deve dar à expressão. Reclamou-se que nem tudo pode ser racionalizado mediante a adoção da definição adequada para custos de transação.[33] O sentido interessa, também, para determinar a tradução a ser adotada; sendo a expressão *custo de transação* manifestamente calcada no inglês, como nota Morisette na sua introdução à tradução para o francês dos artigos fundamentais de Coase.[34] Salvo para operações financeiras, que se es-tendem por todo o mercado comercial, o termo *transação* tem sentido estrito de acordo que põe fim a um litígio, muito distante do sentido amplo que tem em inglês. É preciso, contudo, admitir que a expressão *custos de transação* se impôs e, por essa razão, propomos mantê-la.

727 Para refazer o sentido do termo, veja-se em que casos é empregado por Coase e outros juseconomistas. Para Coase, os custos de transação são o que impede duas pessoas de chegarem a um entendimento que parece proveitoso para elas. Inexistindo custos de transação, nenhuma externalidade poderia ocorrer, porque tudo estaria internalizado no contrato. Mas, como lembra Dahlman, a inexistência de custos de transação implicaria a inexistência de custos de transferência e dos custos resultantes da informação incompleta sobre o objeto e outros aspectos do contrato.[35] Toda reatribuição de recursos para utilização mais produtiva seria realizada instantaneamente; voltaríamos para o mundo ideal, um Nirvana, empregando o termo de Demsetz.[36]

728 Claro que o estudo de tal mundo sem atritos não é mais do que uma eta-pa preliminar para fixar as ideias, e que a fase realmente interessante consiste em comparar situações nas quais os custos de transação são significativos, mas variam de um arranjo para outro. É sobre essa hipótese que Coase se lançou em seu artigo, igualmente clássico, de 1937, indagando-se sobre as razões que fazem certas atividades de produção complexas serem executadas mediante contrato entre operadores independentes, no mercado, enquanto outras ocorrem dentro de uma empresa estruturada, em geral, de maneira

33. Fischer 1977, 322, citado por Williamson 1979, 233.

34. Morissette 2000, 21.

35. Dahlman 1979 [1988, 233].

36. Demsetz 1979 [2002, 107].

hierárquica. A teoria econômica parecia ter como certo que a operação por meio do mercado seria a fórmula mais comum. A resposta de Coase é que há custos – de transação – em utilizar o mercado; simetricamente, é preciso então admitir que há, igualmente, custos por usar o mecanismo hierárquico. Essas constatações não levam a um estudo comparativo para explicar até onde essa abordagem, mais do que outra, é adotada para um dado problema.

729 O ponto a ressaltar tem a ver com o que deveria ser comparado. Há custos referentes à organização da produção de uma ou outra maneira. No mercado, isso se dá por contrato e utilizaremos, a esse título – ao menos em inglês –, a expressão *custos de transação.* Porém, as operações internas em uma hierarquia dificilmente podem ser analisadas como contratos, salvo se se desnaturar bas-tante o termo. Enquanto os estudos comparativos levam a ver uma tomada de comando, ou uma regulação da produção de certos bens pelo Estado em oposição à produção privada, os custos próprios a este modo de organização se prestam, ainda menos bem, à aplicação geral do termo *contrato* e da expres-são *custos de transação.* Dessa forma, para comparar tais modos de governança, procuramos um termo geral para designar o custo das operações necessárias para coordenar as ações de diferentes atores em uma produção complexa, em que há intervenção de muitas pessoas. Pode-se falar de *custos de organização,*[37] ou de *custo de controle social*,[38] mas tais expressões não são intutivamente trans-parentes. A solução menos ruim parece ser continuar a usar a expressão *custos de transação,* que se impôs na literatura.

730 Prosseguindo a análise do sentido dessa expressão, convém retornar ao contexto imaginado por Coase no artigo sobre os custos sociais. O acordo, que parece proveitoso, não se concretiza porque as partes não dispõem de informação suficiente tanto sobre as possibilidades dos mercados, dos poten-ciais parceiros, a qualidade do bem objeto de eventual contrato no mercado, sobre as condições desse mercado de modo que não podem completar a infor-mação de maneira *satisfatória (com pouco esforço).* Lembramos que há custos de pesquisa (buscar informação), entendendo-se que, para a informação de que já se dispõe, este custo é nulo.

731 Supondo que informação suficiente esteja disponível, é preciso compreen dê-la. As dificuldades que se põem nesse estágio envolvem, de um lado, os números de intervenientes com os quais é preciso se compor, e de outro a natureza da negociação. Quanto ao primeiro, é preciso localizar e contactar todas as pessoas para entabular negociações. Quando o número de participan-tes aumenta, isso pode representar custo significativo – até mesmo proibitivo
– em relação aos resultados do entendimento. O outro aspecto, a negociação

37. Gomez 1996, 105. Cheung propõe se use, de acordo com Coase, a expressão “custo das insti-tuições.” Cheung 1998, 515.

38. Eggertson 2005, 27.

propriamente dita, realça o problema da descoberta das preferências e as difi-culdades dos intervenientes que ficam à margem do acordo. Essa fase pode dar lugar a comportamentos estratégicos, ainda mais quando o número de interve-nientes aumenta (comportamento de baluarte *(hold out),* por exemplo), sobre os quais voltaremos adiante. O nível de detalhe que se desejar inserir no con-trato é parte das considerações de custo desta fase: contratos referentes à cons-trução do túnel sob o Canal da Mancha exigiram mais detalhes do que o que rege o reparo da escada na entrada de casa. Pode-se aceitar a expressão *custos de negociação* e de *decisão* para designar os custos ligados a essa segunda fase.[39]

732 Celebrado o contrato, é preciso garantir sua regular execução. Isso enseja custos de fiscalização e de sanção. Esses custos podem ter muitas ramificações porque, algumas vezes, é possível se precaver contra a má execução mediante clausulado negocial mais detalhado ou criando reputação de confiabilidade (na prestação de serviço) ou de severidade (tratando-se de sancionar a má execução), por exemplo. As sanções podem ser organizadas de diferentes mo-dos: por via privada (mediação, arbitragem) em comunidades pequenas, ou por via pública, e à vista de todos, pelos tribunais, por exemplo.

733 Cooter e Ulen, no seu livro, enumeram os seguintes fatores que con-tribuem para elevados custos de transação:[40] bem ou serviço único; direitos complexos ou incertos; grande número de participantes; hostilidade entre participantes; participantes que não se conhecem; comportamentos não ra-zoáveis; troca intertemporal; numerosas eventualidades que podem afetar a execução; elevados custos de monitoramento ou fiscalização; sanções caras.

734 Fica claro, quando se pensa em outras formas de organização, que a na-tureza dos custos de transação será diferente. A análise do direito, enten-de Williamson, deve ir para o plano concreto da estruturação de diferentes indústrias (microanálise).[41] É preciso, a cada vez, procurar os custos implí-citos na coordenação das ações humanas pela organização em questão que não é instantânea, sem atrito e inteiramente conforme com as intenções dos atores.[42]

735 O elenco geral dos custos de transação levou Dahlman[43] à conclusão de que são perdas devidas a problemas de informação e comunicação. Deve-se lembrar que problemas podem ter natureza variável. Podem, em primeiro

39. Dahlman 1979 Externality, p. 217-218.

40. Cooter/Ulen 2004, 94 (Quadro 4.3).

41. Williamson 1979, 261.

42. Zerbe/McCurdy 1999, 562, definem os custos de transação citando Allen 1991, 4: “comme les *ressources nécessaires au transfert, à l’établissement et au maintien des droits de propriété* [pris au sens large des économistes]”. “Como os recursos necessários para transferir o estabelecimento e à manuten-ção dos direitos de propriedade [tomado no sentido amplo dos economistas].”

43. Para Dahlman 1979, 217, é tudo isso que importa.

lugar, ter caráter técnico, comparável ao custo de transporte.[44] Os avanços nas ciências e nos meios de comunicação gerarão evolução, podendo mudar uma situação de altos custos de transação para uma outra com baixos custos de transação. Ressaltamos as implicações de política legislativa nesses casos.

736 Os custos de transação podem, em segundo lugar, ser de natureza dife-rente. Podem resultar da incerteza geral nos mercados: os agentes hesitam em se comprometer se preveem que a evolução da conjuntura atrapalhará seus planos. A resposta leva, agora, para a redução da incerteza, de modo a absor-ver o risco, tema tratado no Capítulo 4.[45]

737 Os custos de transação podem, em terceiro lugar, levar a comportamen-tos estratégicos ou oportunistas dos agentes, uns contra os outros. Cooter sustenta que Coase se limita a estudar, no seu teorema, a tendência oportu-nista da natureza humana, aquela em que os agentes de boa vontade se reú-nem para buscar um ganho comum; mas a natureza humana é variável e pode, também, ficar no outro lado da escala, lá onde a cupidez, a desconfiança ou a inveja impedem a conclusão de acordos que teriam aparência de proveitosos; versão pessimista ou, como diz Cooter, *hobbesiana.*[46]

738 Alguns autores consideram que, em razão da diferença entre custos de in-formação e de comunição, de uma parte, e aqueles do oportunismo, de outra, estes não serão computados entre os custos de transação.[47] Embora se reco-nheça a diferença, parece-nos que todos esses fatores impedem acordos que seriam proveitosos de acontecerem e requerem uma reação jurídica visando a evitar o resultado indesejável.

739 Oportunismo é termo do vocabulário geral. Ganhou destaque no uso pe-los economistas. Já mostramos muitas formas: a carona, o baluarte (*hold-out*), o risco moral, a seleção adversa ou antisseleção e os problemas de *agency.*[48]

740 A teoria econômica clássica tem pouco interesse nas noções de custos de transação e oportunismo, preferindo estudar os mercados como se as transações ocorressem, em princípio, sem atrito. Bem ao contrário, entre os economistas ditos “institucionalistas” ela ocupa posição central, usualmente referida exatamente ao teorema de Coase. Se o conceito de comportamento oportunista aparece regularmente no discurso dos economistas, é menos fácil encontrar nele uma boa definição.[49] Williamson, que escreveu muito para tor-nar evidente esse conceito no pensamento econômico, o definiu como a busca

44. Dahlman 1979, 213.
45. Ver supra Capítulo 4.
46. Cooter 1982, 18.
47. Bertrand 2002, 2003; Cooter 1982.
48. Capítulo 2 deste livro.
49. Cohen 1992, 954.

de interesse pessoal com um elemento de engano *tromperie* (*self interest seeking with guile*).[50] Opõe o oportunismo à relação de confiança (*trust)* e o associa a uma divulgação seletiva ou truncada de informação, a promessas sobre sua futura conduta em que a própria pessoa não crê (*self-disbelieved promises*). Dixit acrescenta que se trata de uma espécie de ato que as pessoas tentam, mas que perturbam todo o grupo.[51]

741 Lebreton, em tese de direito, em que trata do oportunismo, explica que, "de modo geral, tais comportamentos [oportunistas] se materializam pela divulgação de informações incompletas ou descaracterizadas por calculados esforços para esconder, desnaturar, disfarçar, desconcertar ou semear a con-fusão em transações comerciais; rescendem a uma evidente falta de franque-za, de honestidade, de lealdade".[52] O oportunismo aparece "quando um dos contratantes se comporta de maneira contrária à intenção do contrato, sem necessariamente ir contra a letra do acordo, mas de modo a fazer uma trans-ferência de riqueza em seu próprio benefício e em detrimento do outro".[53] George Cohen definiu o oportunismo, de forma bastante ampla, como "todo comportamento, dentro do quadro contratual, por uma das partes contratan-tes, que vai contra as expectativas razoáveis que a outra formou sobre sua fé no acordo, das normas contratuais ou da moral convencional".[54]

742 Segundo Williamson, esse tipo de comportamento não pode ser praticado com sucesso quando há muitos contratantes potenciais que podem, facilmen-te, trocar de cocontrantes. São exatamente as situações de número muito pequeno de intervenientes ou aquelas nas quais é preciso confiar nas pessoas que criam as ocasiões para o oportunismo.

743 Os malfeitos do oportunismo podem se produzir, por exemplo, quando duas partes, condenadas a trabalhar juntas, na falta de outros potenciais par-ceiros (monopólio bilateral), se absteriam de tentar arrancar uma parte maior do ganho conjunto a ponto de fazer o acordo fracassar. Para reduzir esse tipo de custo de transação, as próprias partes podem adotar disposições visando a evitar se encontrem em situações de monopólio bilateral, o que, talvez, limite as opções de contratatar que permaneçam abertas. Alternativamente, o direito pode circunscrever os meios de pressão ou ameaças que as partes

50. Williamson 1975, 26. A fórmula é retomada nas obras subsequentes como Williamson 1985 e 1996; a terminologia francesa é emprestada a Gomez 1996, 73, e a Lebreton 2002, 4 e 57.

51. Dixit 2004, 1.

52. Lebreton 2002, 4-5.

53. "A major problem occurs when a performing party behaves contrary to the other party'sunders-tanding of their contract, but not necessarily contrary to the agreement's explicit terms, leading to a transfer of wealth from the other party to the performer – a phenomenon that has come to be known as opportunistic behavior." Muris 1981, 521 (trad.).

54. Cohen 1992, 957 (trad.): "Any contractual conduct by one party contrary to the other party's re-asonable expectations based on the parties'agreement, contractual norms, or conventional morality."

possam empregar no curso das negociações, como faz, por exemplo, o direito do trabalho em impor uma escolha feita por terceiro considerado imparcial. O oportunismo pode, igualmente, dar-se por manobras disfarçadas. A obriga-ção de informar constitui possível antídoto.

744 No conjunto é possível dizer que uma parte contratante age de maneira oportunista quando procura, por trapaça (meios diversionistas) ou mediante força, coerção, modificar em seu proveito e em detrimento da outra, a reparti-ção dos ganhos conjuntos do contrato que cada parte poderia, normalmente, obter no momento de sua conclusão. Tenta obter "mais do que sua parte". O ato oportunista consiste em explorar de forma significativa uma assime-tria na relação de pessoas em detrimeto de outros participantes. A assimetria pode existir no momento da conclusão do contrato ou ser a ele superveniente, aparecer no curso da sua execução, como resultado de circunstâncias impre-vistas em um contrato – imperfeito – que não admite precisão sobre o objeto. Frequente que as dificuldades de se informar de alguns, ou de fiscalizar de outros, facilitem, abram a porta, para comportamentos oportunistas. O opor-tunismo consiste em levar o contratante a concluir um acordo que não teria aceitado facilmente se estivesse perfeitamente informado (oportunismo *ex ante),* ou por modificar, no curso da execução, a repartição implicitamente acordada no momento da conclusão do contrato (oportunismo *ex post*).

745 Certos autores propõem reservar a expressão *comportamento estratégico* para aquele que explora a assimetria de poder de negociação, deixando a de-signação de *comportamento oportunista* para ações que exploram a assimetria de informação.[55] No caso de contratos perfeitos, em que a informação, por hipó-tese, é completa, estaria excluído o segundo tipo de comportamento, porém o primeiro permaneceria possível. No mundo em que contratos são, usualmen-te, incompletos, não se deveria supor que a potencial vítima tenha a mesma reação de autoproteção que decorreria dos dois tipos de comportamento?

746 O oportunismo pode aparecer sob infinitas formas. As variantes surgem segundo ou conforme os interesses humanos.[56] Cada desenvolvimento de téc-nicas de comunicação importante – ultimamente a Internet – traz alguma con-tribuição para novas possibilidades de oportunismo. Para contê-lo, é preciso um arsenal de medidas, pois as respostas serão desenvolvidas à medida que apareçam novas formas de oportunismo.

747 A possibilidade de oportunismo que impede as partes de chegarem a um acordo lança dúvidas sobre a conclusão de Coase, de que as partes, necessa-riamente, chegariam à solução ótima de sua interação (versão de eficiência do teorema).[57] A demonstração do teorema ficaria, portanto, comprometida,

55. Bertrand 2003, 320-321.

56. Jamet-Legas 1998, texto, nota 244.

57. Bertrand 2002, 2003 faz sobrevoo da literatura consagrada a esta objeção.

ao menos no plano teórico. Coase considera que tal eventualidade não é, na prática, muito provável, e estudos empíricos feitos depois do artigo de Cooter tendem a demonstrar que as pessoas esperam, na maior parte do tempo, obter ganhos da cooperação.[58] Parchomovsky relata o caso de uma cidade, "compra-da" por um produtor de eletricidade, que conseguiu superar o risco aparente de baluartes.[59] Pode-se pensar que uma das funções do direito é sustentar essa tendência "natural" combatendo o oportunismo onde possa aparecer. Tal ideia será tratada mais profundamente no capítulo sobre o direito dos contratos.

748 Na sua recente reflexão sobre o teorema de Coase, Demsetz sustenta que a própria noção de custo de transação é complicada, especiosa.[60] Entende que tais custos não têm, na solução do problema das externalidades, papel dife-rente do de (outros) custos de produção e transporte. O único motivo para distingui-los seria, a seu ver, que se espera que o governo tenha vantagem comparativa na redução de tais custos (por exemplo, ao superar a carona pela coerção), poder que não exerce em relação a outros custos de produção.[61] Atri-buindo posição central aos custos de transação, mais do que à estruturação dos direitos de propriedade, Coase ter-se-ia deixado obnubilar por sua análise de 1937, em que procurara explicar a escolha entre empresa e mercado.

749 Sobre os desenvolvimentos, convém notar, parece-nos, que se os cus-tos de transação não diferem muito dos custos de produção, eles se referem, ainda assim e especialmente, à escolha das instituições, questão central das preocupações dos juristas. Por esse motivo, parece útil manter a noção.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

750 O teorema de Coase é importante como ponto de partida da análise eco-nômica do direito. Propõe aos juristas uma conclusão que fere sua intuição, a saber, que as externalidades não são problema senão aparente, e que a coor-denação das ações, pelos mercados, delas se ocupa sem que o direito imponha ação de responsabilidade ao autor das externalidades. O estudo do teorema demonstrou que tal conclusão tem nuances, deve ser flexibilizada; a atribui-ção justa dos direitos e responsabilidades importa mais quando os custos de transação são elevados.

751 O teorema é, também, ponto de partida sob o plano conceitual. Põe em evidência a importância de definir bem os direitos para facilitar a solução de diferenças sobre usos concorrentes que não deixarão de surgir à medida que descoberta e movimentação das pessoas modificarem a escassez das coisas

58. Hoffman/Spitzer 1993, 113; Plott/Zeiler 2005.

59. Parchomovsky 2004.

60. Demsetz 2003, 295-296.

61. Demsetz 2003, 299.

no nosso mundo. A análise realça o efeito de incentivo da propriedade, ao qual retornaremos no capítulo a ela consagrado. O teorema abre a porta do direito da responsabilidade sublinhando seu papel na busca da solução menos onerosa para utilizações concorrentes. O direito das obrigações contratuais tem lugar no universo coasiano na medida em que lhe conferimos a função de reduzir os custos de transação de modo a facilitar o direcionamento dos recursos para seus usos mais produtivos.

752 O exame dos custos de transação nos leva a descobrir que podem ter natu-reza técnica e recair sobre o custo quando uma parte, em uma interação, recair sobre aquilo mais do que sobre a outra, para tratar de um problema; mas os cus-tos de transação podem, também, predispor a comportamentos estratégicos, por exemplo, quando uma das partes bloqueia o acordo na esperança de obter parcela desproporcional dos ganhos conjuntos gerados pela coordenação. Por meio do direito, poderíamos encontrar regras cuja função é a de circunscrever tal tipo de oportunismo, deixando aos interessados a maior liberdade de ação possível.

753 Conclusões mais específicas decorrem da demonstração do teorema de Coase. Uma, em especial, é que o *locus* da responsabilidade para um tipo de preconceito (*préjudice*) não precisa, necessariamente, ter base na pessoa mais bem colocada para empreender a ação corretiva (*cheapest cost avoider*), pode recair sobre o outro interveniente (*cheapest briber*) que, na cadeia contratual, esteja ligado a essa pessoa. As cadeias contratuais entre agentes que têm rela-ções de longa duração constituem universos com baixos custos de transação, e nas quais o ônus da ação corretiva pode ser contratualmente deslocado para a pessoa em melhor posição de assumi-lo.

754 A discussão a propósito do teorema de Coase nos leva a descobrir a di-ferença entre direitos garantidos por uma regra de indenização e aqueles que o são por regra de exclusividade. A escolha entre eles deve ser função dos custos de transação previsíveis. Se forem baixos, o deslocamento dos direitos será feito sem grande dificuldade; quando a atribuição inicial não é ótima, talvez haja interesse em escolher a proteção pela regra de indenização, o que permitirá que a correção seja feita pelo juiz, embora possa afetar a valorização subjetiva dos bens.

755 O teorema de Coase, no conjunto, e a discussão gerada por sua demons-tração, acentuaram a lógica unificada que liga diferentes campos do direito. Nisso constitui excelente introdução para a análise econômica das institui-ções jurídicas.

INDO ADIANTE

756 O teorema de Coase, e a importante resposta de Coase a seus críticos, es-tão disponíveis em francês, na edição preparada por Morissette.[62] Na imensa

62. Coase 2000.

literatura consagrada ao teorema, em inglês, o texto de Parisi é particular-mente rico, situando a contribuição de Coase historicamente.[63] O recente texto de Demsetz é significativo ao tentar explorar a lógica do teorema até o fim. A tese de Bertrand faz resumo bastante completo da literatura sobre o teorema de Coase para concluir que existe mais do que uma leitura do teore-ma e que sua interpretação enfrenta o dilema de escolher entre uma leitura circular, banalizando, ou uma demonstração de sua eficácia.[64] A obra coletiva sob coordenação de Ménard começa por vibrante homenagem a Coase com as contribuições de North, também prêmio Novel, de Aoki e de Williamson, e um texto do próprio Coase.[65]

63. Parisi 1999, 7-39.

64. Bertrand 2003.

65. Ménard 2000.

capítulo **2**

A propriedade e os direitos reais

"No society is viable if it lacks institutional mechanisms for constraining open access to human and non human capital and to natural resources."

"Nenhuma sociedade é viável se lhe faltam mecanismos institucionais para constranger o livre acesso ao capital humano e não humano e aos recursos naturais." ***Eggertsson 1990, 284***

757 A propriedade foi por muitas vezes mencionada nos capítulos preceden-tes. Aparece, já, no capítulo sobre relações entre pessoas. No trabalho entre equipes de mineradores, quando o número de membros se torna relevante para a fiscalização recíproca; quando aparece o risco de *free riding* que enseja confli-tos; a propriedade individual é instituição que permite evitá-los. Em diferente contexto a propriedade evita a ruína coletiva que resultaria da luta que muitos enfrentariam para se apoderar de um recurso escasso e indivisível (o exemplo é do caderno de colorir). No capítulo que tratou do teorema de Coase, vimos que as externalidades devem ser analisadas como objetos ou usos particula-res de objetos sobre os quais um direito de propriedade não foi ou ainda não tenha sido estabelecido de forma clara. A definição de direitos "internaliza" a externalidade e permite aos interessados fazerem circular o bem em questão para uso mais valorizado. Tais ilustrações lembram circunstâncias nas quais a propriedade exerce a função, o papel de coordenador, pacificador, civilizador, ao criar uma forma de gerir a escassez.[1]

758 A escassez emergente foi lembrada no capítulo dedicado aos jogos, men-cionando-se o filme *Les dieux sont tombés sur la tête*. O frasco de Coca-Cola reflete um problema novo de escassez: há muitas demandas concorrentes para a utilização que dele se possa fazer. A tribo não sabe como responder a essa

1. Ver também nossas exposições anteriores sobre a propriedade em Mackaay 1991b, Lemieux/ Mackaay 2001.

escassez e a recusa. Nossas sociedades fazem o contrário, basedas na institui-ção da propriedade, refinando-a com o tempo.

759 A propriedade põe fim a conflitos que nascem em função de sua emergen-te escassez. Os recursos que utilizamos mostram-se escassos à medida que descobrimos, a par dos usos comuns, novas formas de utilizar as coisas que nos cercam, se nossos desejos não sofrem limitações. Trata-se de problema recorrente nas interações humanas. Necessário, então, atentar para as insti-tuições que respondem a esse problema, bastante difundidas nas sociedades ao longo da história, bem assim no momento atual. A resposta foi criar uma forma de propriedade, imaginada desde as primeiras sociedades humanas. Encontramos formas de propriedade em todas as sociedades humanas conhe-cidas desde os primeiros tempos.

760 A propriedade consiste, essencialmente, na atribuição a uma pessoa, ou a um grupo de pessoas, do poder de decisão sobre a utilização de um recurso, e dos ganhos ou perdas dele resultantes. O recurso submetido a uma forma de propriedade é retirado do acesso livre, fica reservado ao(s) proprietário(s) e não pode mais ser utilizado por qualquer um como bem lhe aprouver.

761 Paradoxal é o fato de um recurso, excluído do livre acesso, acabar por gerar vantagem para a comunidade. Esta é uma primeira questão a ser escla-recida adiante. Também espanta, e consiste em segunda questão a ser explo-rada, que a propriedade, instituição descoberta nas sociedades com interações infinitamente mais simples do que as nossas, continue a ser um pilar da orga-nização social até nossos dias. Por que a propriedade continua a oferecer con-tribuição, com preferência sobre outras formas de administração da escassez, mediante atribuição por uma autoridade competente, acesso igual para todos (mediante eventual lista de espera) ou a loteria?

762 Explorando as questões, é preciso esclarecer um terceiro e importante aspec-to da propriedade, a saber, como chegamos a criar novas formas de propriedade sobre recursos que, até agora, eram de livre acesso, ou de acesso restrito, quando se tornaram raros a ponto de não suportar mais o livre acesso. Conhecemos, agora, a propriedade não apenas sobre nossas roupas e ferramentas, como nossos longínquos ancestrais, mas também sobre terras e edifícios, sobre vários bens móveis que tornam nossa vida mais confortável; sobre bens de produção e as empresas que os utilizam e, de forma bastante especial, sobre objetos de direitos ditos "da personalidade" (nossa reputação, imagem, dados que nos concernem), assim como sobre as criações intelectuais. Em verdade, quase tudo o que faz par-te de nossa vida cotidiana é objeto de uma forma de propriedade.

763 O persistente e até aumentado papel da propriedade privada não deve esconder que nada obstante em nossas sociedades muitos recursos sejam ad-ministrados por fórmulas de acesso aberto a todos, ou a grandes grupos, mas a uso regulamentado que se poderia considerar como formas de propriedade comum. É o caso, por exemplo, das vias públicas, das águas navegáveis, do espaço aéreo em que circulam aviões ou, ainda, das áreas públicas nos centros comerciais e/ou comuns nos edifícios residenciais. No campo da propriedade

intelectual, a *creative commons*[2] e os *pools*[3] *de patentes*[4] parecem representar ou-tras formas de propriedade comum.

764 O papel essencial da propriedade para o desenvolvimento é demonstrado pela história econômica, começando com Douglass North, prêmio Nobel em 1993.[5] A seu ver, o Ocidente não teria alcaçando esse estágio de desenvol-vimento sem instituições políticas que protegem a propriedade, ainda que limitando seu potencial de espoliação ou reduzindo, indevidamente, as ino-vações que a fizeram frutificar. Recente estudo mostra que as diferenças no grau de desenvolvimento dos países africanos prendem-se, exatamente, às instituições políticas legadas da época colonial e em que medida resistem, efetivamente, à tentação de espoliação.[6]

765 Convém, para responder a essas questões, apresentar os elementos essen-ciais da propriedade (seção 1 – Fundamentos), ou seja, a estrutura (1), depois a dinâmica pela qual ela se estende a novos objetos (2). Isso permitirá compreen-der por que é a instituição a ser escolhida, em primeiro lugar, para administrar a escassez, mas, também, que condições devem estar presentes para que possa preencher esta função e o que decorre quando não pode fazê-lo. O esquema analítico permitirá, em seguida, esclarecer as formas precisas nas quais o di-reito de propriedade e/ou outros direitos reais são empregados nos sistemas
jurídicos de direito civil nas sociedades modernas (seção 2 – A operação).

Seção 1

Fundamentos

1. ESTRUTURA

a. Exclusividade

766 O livre acesso[7] a um recurso provoca o risco de que seja superconsu-mido, salvo se for abundante como as folhas mortas no outono: ninguém

2. *Creative commons* é um forma de liberar, total ou parcialmente, gratuitamente, conhecimento, patentes ou outras criações intelectuais de forma a beneficiar os usuários. Os *pools* de patentes indicam a existência de arranjos entre dois ou mais titulares de direitos de propriedade industrial relativos a uma dada tecnologia.

3. Ver, por exemplo, Lessig 2004; Bourcier/Dulong 2004.

4. Ver, por exemplo, Carlson 1999, Clark 2000, Merges 2001, Lerner 2004.

5. Ver, por exemplo, North/Thomas 1973; Jones 2003; Rosenberg/Birdzell 1986; Mackaay 1997a; Landes 1998; Bernstein 2004.

6. Acemoglu et al. 2001, 2004; Haddock 2003, 165, 187 (nt 28).

7. Em inglês, se utiliza a expressão *open access*, mas também *common pool resource*. Ex. Libecap 1989, 12 ss., Libecap 2003, 142.

terá interesse em se apropriar delas. Se deve ser oferecido para uso humano, ninguém terá interesse em fazer tal oferta se todo mundo puder, livremente, capturar o fruto de seu trabalho sem, para isso, faça ele mesmo algum sacri-fício. As dificuldades estão na raiz dos problemas ambientais, aí incluídos a poluição e o perigo de desaparecimento de espécies animais.[8]

767 A propriedade responde a dois dos problemas mencionados mediante a retirada do bem da situação de acesso livre e sua destinação que passa a ser de uso exclusivo de determinadas pessoas.[9] Toda forma de propriedade pressu-põe que o objeto sobre o qual recaia se preste à exclusividade. Para viabilizar a propriedade, a exclusividade não precisa ser perfeita, mas deve, contudo, ser suficiente para barrar o superconsumo e para assegurar a remuneração da sua destinação para uso humano, como veremos em mais detalhes adiante.

768 A pessoa em favor da qual se estabelece a exclusividade exerce três prer-rogativas essenciais, designadas, em geral, pelos termos latinos de'*usus, fruc-tus et abusus*, ou seja, uso, fruto e abuso em português.

b. Usus *e* fructus

769 O *usus* (uso) confere ao proprietário o poder de decidir o que será feito com o objeto da propriedade. O *fructus* (fruto) confere-lhe os resultados desta gestão: os frutos no sentido natural, o produto, a renda, mas também a perda, se for o caso. A conjunção do uso e do fruto dá ao proprietário informação so-bre a qualidade da gestão; estabelece, por assim dizer, um canal de retroação imediata, sem intervenção de qualquer terceiro. Faz com que o proprietário tenha interesse direto na preservação do bem e na sua boa administração. Estimulá-lo cria, ainda, interesse para que descubra formas novas e mais ren-táveis, ou outras vantagens geradas pela utilização do bem.

770 Na medida em que se separa a decisão sobre a utilização e a atribuição dos resultados (ganhos ou perdas) daí resultantes, como faziam, no limite, as antigas economias socialistas, o efeito estimulador se volta para o que im-porta pessoalmente aos detentores dos usos e àqueles dos frutos. Isso lembra o problema apresentado no capítulo sobre as interações humanas, do agente que persegue seu interesse em detrimento daquele do principal. A pessoa que não é titular do fruto estaria propensa a não cuidar dele, mesmo em detrimen-to da preservação do capital, sobre o qual não tem direito. Era o problema das empresas da antiga Iugoslávia, como explicou Pejovich.[10] Para o direito civil o problema se põe em relação ao usufruto e aos direitos de uso e habitação.

8. Mais detalhes sobre os males que produzem a gestão dos recursos não suscetíveis de proprieda-de e com acesso livre, ver De Alessi 2003, 91.

9. Fabre-Magnan 1997, 584: “L’exclusivité est un caractère commun à tous les droits subjectifs.” “A exclusividade é uma característica comum a todos os direitos subjetivos.”

10. Sobre a gestão nas empresas da antiga Iugoslávia: Furubotn/Pejovich 1974a 250; ver também, em 205 and Barzel 1989, c. 8 (Property rights and non-market allocation), 98-113.

Espera-se encontrar no Código Civil disposições visando a impedir que o ti-tular de um desses direitos pratique atos cujo efeito incidiria sobre os bens principais sobre os quais seu direito se baseia, repousa, diminuindo-lhes o valor. É obrigado a fazer inventários[11] e a contratar seguro para garantir a exe-cução de suas obrigações,[12] entre as quais, notadamente, restituir os bens.[13] Se abusar de seu direito, pode perdê-los.[14]

771 Análogo efeito aparece quando, por decisão da autoridade, se dá igual acesso a um recurso escasso a todos os membros de um grupo: cada um ma-ximizará o proveito que puder obter pessoalmente sem considerar as conse-quências para a preservação do recurso: ruína coletiva. Lembra-se o exemplo das cotas de peixe: coletivamente, os pescadores têm interesse em fixá-las para evitar a pesca excessiva, o que não impede que cada um, perseguindo seu interesse pessoal, tente, em segredo, ultrapassar sua cota.

772 Enquanto bens escassos ou raros são atribuídos mediante violência – o mais forte podendo afastar ou espoliar os demais –, os proprietários escolhe-rão formas de gestão que minimizem os efeitos de tal expropriação violenta: visarão a extrair o máximo de frutos correntes, mesmo que à expensa do capital; e tentarão conservar seus ganhos sob formas dissimuláveis (p. ex.: es-conder o tesouro) e transportáveis (p. ex.: joias pessoais que portam). Enfim, se a atribuição se fizer por favoritismo dos detentores do poder, os bens enri-quecerão os beneficiários, mas nada assegura que serão empregados nos seus usos mais valorizados. Deveríamos observar o efeito nas taxas de crescimento do país objeto de análise.[15]

c. Abusus

773 A terceira prerrogativa, a do *abuso*, permite ao proprietário transferir seu direito a outra pessoa. Dá lugar à criação de mercados, à concorrência e à formação de preços. O que importa, aqui, é que tal prerrogativa reforça o in-teresse do proprietário na boa gestão de sua propriedade. É que o uso imagi-nado pelo proprietário concorre com usos imaginados por outras pessoas que poderiam propor adquirir o bem se previrem obter rendimento superior. Bem entendido, os compradores que oferecem preços elevados pelo bem operam com a possibilidade de usos novos que poriam em prática, e dos quais obte-riam rendimento superior. Suportam as consequências de previsões erradas, têm interesse em evitar o máximo possível enganos quanto a suas previsões.

11. 1142 C.c.Q.

12. 1144 C.c.Q.

13. 1167 C.c.Q.

14. 1168 C.c.Q.

15. Ver, por exemplo, Gwartney/Lawson 2003, na Tabela 7 (p. 230), que mostra a correspondência entre um índice de liberdade fraco e o crescimento fraco.

Quer dizer, a propriedade *responsabiliza* potenciais adquirentes ao lhes confe-rir interesse em estimar bem suas aplicações.

774 A eventualidade de uma compra (ou venda) conduz a associar os preços de mercado aos diferentes usos do bem, o que facilita a comparação.[16] Enquanto observamos a questão sob o ângulo do uso que será dado ao objeto, o *abusus* vê como as coisas terminarão mediante transferências necessárias das mãos das pessoas que dela farão uso mais valorizado, tal como medido pelos sucessivos vendedores e compradores em suas negociações de transferência. O proprietá-rio, se não puder ele mesmo usar o bem, poderá conseguir o melhor preço em momento ulterior na venda a pessoa que o utilize de modo mais valorizado.

775 Descobrimos duas importantes funções da propriedade. Ela *informa* so-bre o valor relativo do atual uso do bem. *Incentiva* a procurar, eventualmente inventar, uso mais valorizado. Essas duas funções distinguem a propriedade de outros modos de gestão da escassez, como a atribuição pela autoridade competente, o acesso igual para todos ou a loteria.

776 A vantagem comparativa da propriedade entre as instituições utilizadas para administrar a escassez faz atentar para os dois traços apontados (informa-ção e incentivo) e para um terceiro, seu caráter inteiramente descentralizado: a qualidade dos resultados é julgada pelos agentes, por meio de suas decisões de comprar e vender, e não por alguma autoridade pública. A persistência da instituição da propriedade até nossos dias tem base nessas três características. Elas explicam por que os direitos de propriedade efetivos são condição essen-cial para o funcionamento de uma economia de mercado.[17] Além disso, toda estrutura que reúna essas características, qualquer que seja sua denominação jurídica, produzirá os efeitos do direito de propriedade em sentido lato.

777 Considerando o persistente interesse da instituição ao longo da história, a questão que convém pensar é saber como ela reage a novos objetos, sejam eles novas descobertas ou novas modelagens, sejam as existentes, porém que se tornam raras outra vez. É o que examinaremos adiante.

2. DINÂMICA: NOVOS OBJETOS[18]

a. *A evolução dos direitos de propriedade*

778 A propriedade serve para administrar a escassez. Porém, a escassez evo-lui ao longo do tempo. Novos usos tornam escasso um recurso que era, até

16. Sobre o papel da moeda como instrumento de intermediação, ver Harper 2003, 190-102; Leclerc 2005.

17. É uma das quatro condições de desenvolvimento econômico lembradas por Bernstein 2004, as outras sendo o racionalismo científico, mercados de capitais eficientes e meios de comunicação e de transporte performantes.

18. Ver mais em detalhe Mackaay 1996.

então, de livre acesso, uma vez que abundante. A propriedade deve, eventual-mente, ser apresentada sob novas formas para reger esses novos objetos.

779 Vêm à mente muitos exemplos desse fenômeno. A chegada dos brancos na América do Norte e o comércio de peles que eles inciaram com os amerín-dios tornou escassas as terras[19] de caça para **os últimos**; eles terminaram por instituir uma forma de propriedade sobre as terras. Depois da descoberta da possibilidade de transmitir sons por meio de ondas, houve, conforme exem-plo, uma corrida para ocupar as frequências disponíveis.[20] Outros exemplos podem ser citados: a prática jurídica conhece, atualmente, forma de proprie-dade da clientela de uma empresa, ou de um profissional; temos mais direitos exclusivos sobre a própria imagem e nossa vida privada depois que meios técnicos modernos permitiram que terceiros as explorassem em seu proveito. Nos aeroportos congestionados os direitos de aterrisagem são, às vezes, es-truturados de modo a constituir minidireitos de propriedade transferíveis.[21] A inovação sobre a qual se baseia, de forma cada vez mais consciente, nossa sociedade faz-nos tomar consciência da escassez do talento de criadores, que nos propomos a estimular mediante a propriedade intelectual.

780 A evolução da propriedade pode, ainda, aparecer na decomposição dos di-reitos existentes de forma a acomodar melhor a escassez mutante e aproveitar a especialização. Assim, a fórmula da franquia decompõe direitos desenvol-vidos em relação ao proprietário de uma empresa, para atribuí-los, em parte, ao franqueador e em parte ao franqueado, o que permite melhor gestão do risco e um contato direto com a clientela local, aproveitando o efeito de rede da franquia. Tudo isso seria mais difícil de concretizar ou seria feito a custos maiores, por meio de uma única empresa que tivesse numerosas sucursais. Conhecemos, também, a decomposição da propriedade de um edifício divi-dido em apartamentos (divisão horizontal ou condomínio horizontal), ou na fórmula de partilha de tempo no uso de locais de férias. O *leasing* oferece exemplo de decomposição complexa da propriedade entre locador, locatário e financiador.

781 A história jurídica oferece numerosos exemplos de composição, decom-posição e recomposição de direitos que regem o uso de bens escassos. Tais direitos não são todos, necessariamente, abrangidos pelo título de proprieda-de no sentido jurídico. Nada obstante, são tratados pelos economistas como *property rights*, direitos exclusivos em sentido lato, no que se refere a conferi-rem o controle, o uso do todo ou parte de um objeto, e os frutos, bem como a

19. Demsetz 1967; a exatidão histórica dos fatos sobre os quais se baseia Demsetz é posta em dúvida em McManus 1972.

20. McChesney 2003, 250 citando Hazlett 1990 e Coase 1959.

21. Sobre a gestão dos direitos de aterrissagem, ver Boyfield 2003; Bouckaert 1993, citado em Bouckaert 1997a.

eventual possibilidade de transferência. São condição necessária para empre-ender exploração lucrativa do objeto e, por essa razão, devemos observar as medidas para assegurar o reconhecimento de direitos sobre o objeto.[22]

782 Os movimentos de composição, decomposição e recomposição de direi-tos ficam mais claros se explicados sob a óptica dos custos de transação (ou restrições) e das vantagens às quais as pessoas que os procuram visam. A definição dos direitos não é mais considerada na análise econômica como uma restrição externa, um dado necessário ao funcionamento dos mercados, bem ao contrário, ela mesma faz parte da evolução do mercado e é movida pelas mesmas forças. Sendo os direitos de propriedade condição essencial para o funcionamento dos mercados capitalistas e produzindo efeitos bem visíveis, captados pelos historiadores, a perspectiva constitui novo modo de ler a his-tória. Essa a perspectiva sobre a qual se debruça a corrente de *property rights.*[23] Foi, recentemente, adotada por de Soto, que atribui as dificuldades de cres-cimento nos países em via de desenvolvimento, na América Latina, ao fato de a propriedade jurídica não estar nas mãos dos que exercem, de fato, os di-reitos de propriedade, e, dessa forma, dificultando (ou impossibiltando) que tenham acesso a financiamento para suas empresas, e para executar muitas outras atividades que, normalmente, são parte das atividades da empresa.[24]

b. Modos privado e público de definir os direitos

783 Se a instituição de escolha para a gestão da escassez é a propriedade, importa saber como esse direito será estendido a novos bens escassos; ou, de outra forma, mediante que processo serão definidos os direitos sobre novos objetos. A primeira resposta, evidente na nossa cultura jurídica moderna, com sua panóplia de leis, será a formulação explícita de novos direitos pelo Estado (modo público). A definição de direitos faz parte da função estatal, essencial para sustentar a ordem jurídica. Mas essa não é a única via para alcançar o reconhecimento de direitos. O reconhecimento pode, também, advir por via privada. A definição privada da propriedade tem uma história bastante longa: segundo Hayek, ela precedeu a eclosão da mais primitiva das culturas.[25] Ope-

22. Ver Mackaay 1999.

23. Ver, entre outros, Furubotn/Pejovich 1972; Alchian/Demsetz 1973.

24. De Soto 2001.

25. Hayek 1973, p. 108. *"There is no question now that the recognition of property preceded the rise of even the most primitive cultures, and that certainly all that we call civilization has grown on the basis of that spontaneous order of actions which is made possible by the delimitation of protected domains of individuals or groups. Although the socialist thinking of our time has succeeded in bringing this insight under the suspicion of being ideologically inspired, it is as well demonstrated a scientific truth as any we have attained in this field."* Também, Parisi 2004. "Não há dúvida, agora, que o reconhecimento da propriedade precede o crescimento até das culturas mais primitivas, e que, certamente, tudo o que denominamos civilização cresceu baseado na ordem espontânea de ações e foi possível pela delimitação de domínios protegidos de pessoas ou grupos. Apesar de o pensamento socialista

ra de modo informal e descentralizado antes mesmo da eventual consagração em lei e, possivelmente, para prepará-la. Importa esclarecer como funciona a definição privada de direitos.

c. Definição privada de direitos

784 Para compreender como se faz a definição privada de direitos, convém lembrar as quatro características da propriedade aqui anotadas. Toda proprie-dade pressupõe o domínio efetivo do bem visado (*exclusividade*). O domínio deve permitir ao proprietário a utilização do todo, ou de parte, do objeto e co-lher seus frutos. As três características reunidas formam um direito exclusivo mínimo. O que multiplicaria os efeitos benéficos e faria, aos olhos de alguns, uma real propriedade é o quarto fator, a transmissibilidade.

785 O *usus* e o *fructus* estão disponíveis desde que seja assegurado o controle exclusivo do bem. Não são problemas enquanto o uso previsto não interfira com o uso que outras pessoas fazem de suas respectivas propriedades – fala-mos agora da externalidade – ou mesmo de um uso disponível para o conjunto da comunidade, se, por acaso, o uso visado puder, no caso, ser considerado contrário à ordem pública. A transmissibilidade, quarta característica, pode ser assegurada na medida da liberdade contratual. A título de exemplo, Li-becap explica como direitos de exploração mineral nas profundezas do sub-solo em Nevada puderam ser definidos dessa forma mediante acordos entre diferentes pessoas envolvidas naquela exploração.[26] No caso de uma criação intelectual da qual se desejar transmitir exemplares conservando, porém, o controle da obra ou da invenção da qual são extraídos, pode-se fazê-lo me-diante modelagem contratual, estipulando o respeito do direito originário e impondo ao adquirente do exemplar a obrigação de fazê-lo respeitar por todos os adquirentes subsequentes. Isso será tanto mais fácil quando o número de potenciais interessados for reduzido e conhecido. Este o aspecto contratual que inspirou a Lipecap a designação de um conjunto de processos: a pro-priedade mediante contrato (*contrating for property rights* – contratando por direitos de propriedade, em português).[27] A exploração de um segredo de comércio (*secret de fabrique* – segredo de fabricação) reconhecido na tradição da *common Law,* advém, essencialmente, desse modelo.

786 O fator nevrálgico é, sem dúvida, a exclusividade. No caso de terras, a ex-clusividade necessária para a propriedade é, de hábito, garantida por um muro ou um fosso. Os muros são condição essencial e, normalmente, suficiente

de nosso tempo ter sido sucedido por essa ideia sob suspeita de ser inspirada ideologicamente, está bem demonstrado como verdade científica como qualquer outra que tenhamos alcançado nesse campo."

26. Ver Libecap 1978, 343; Libecap 1989, c. 3, 29-50.

27. Libecap 1989.

para criar um direito de propriedade em sentido amplo. Novas técnicas de cercar tornam os direitos de propriedade viáveis, ou mais viáveis. Podem dar lugar a espetaculares avanços na gestão de recursos escassos. Considere-se, a título de exemplo, a invenção do arame farpado, que, nos Estados Unidos da América, permitiu reduzir, de forma espetacular, a dimensão de terrenos necessários para a prática de criação de gado.[28]

787 Normalmente, a exclusividade se baseia em barreiras físicas: muros já mencionados, fechaduras, blindagem de portas nos apartamentos; sistemas de alarme nas casas;[29] canais e arame farpado para as terras; criptografia para informações de qualquer espécie, papel que não se possa copiar em máquinas fotocopiadoras; interferências em sinais transmitidos por meio de ondas hert-zianas ou cabo.

788 Possível, dessa forma, definir a propriedade de outras formas além das barreiras físicas. Como exemplo, a marca de queimadura a ferro que constitui meio suficiente de cerca dentro da uma comunidade de criadores de animais e que permite possam pastar livremente. A união de um bem ou serviço público com um serviço exclusivo (como a adesão a uma organização) pode consti-tuir uma cerca, como nota Olson.[30] O clausulado contratual mediante o qual uma parte permite à outra, em condições determinadas, acessar um segredo comercial do qual detém a posse, exerce função de cerca. As associações de produtores industriais podem ser depositárias de conhecimentos protegidos que os membros põem à disposição aos outros sob condição de reciprocidade. As associações disponibilizam esses conhecimentos aos membros conforme modalidades fixadas em regulamento interno aplicável a todos.[31] Elas reali-zam, dessa maneira, outra forma de cerca virtual.

789 No campo da informática, as políticas que limitam o número de usuários autorizados dos programas servem, igualmente, em certo grau e em conjunto com outras medidas, como forma de limitação para o uso do computador.[32] Outras medidas podem aparecer sob forma de fiscalização e ações adotadas coletivamente pela *Software Publishers Association*, a *Business Software Alliance* e outros grupos similares. As sanções jurídicas podem ser propostas em segui-da a medidas cíveis tomadas (para a proteção de um segredo comercial, por exemplo), ou penais, visando a produtos "piratas", e a ameaça de tais ações como elementos de delimitação de direitos. A proteção que se dá a marcas de comércio era garantida, na origem, por ações de responsabilidade promovidas

28. Ellickson 1991, 25 ss; Ellickson 1993, 1330; Aussi, Anderson/Leal 1991, 29.

29. Alston et al. 1996, 31.

30. Olson 1965.

31. Considerar as práticas que tiveram seu curso antes do recohecimento legislativo das espécies vegetais na França e cujo tratamento será objeto adiante (Hermitte 1988).

32. Rose 1995.

pelos comerciantes que tinham granjeado boa reputação contra concorren-tes que tentavam desviar sua clientela e abusavam de seus sinais distintivos, oferecendo mercadorias de qualidade inferior: são os atos parasitários ou de *passing off.* De forma geral, "[...] as instituições constituem técnicas para que os direitos sejam respeitados; são, em geral, criadas com a intenção de reduzir custos de transação e aumentar o valor dos bens em questão".[33]

790 Em suma, a exclusividade pode ser garantida por número indeterminado de meios materiais ou comerciais, por contratos, ou por responsabilidade civil e penal, medidas adotadas contra aqueles com quem não é possível contratar. Convencionemos denominar de "cercas" (*fences*) toda a gama de ferramentas, técnicas e arranjos – materiais ou técnicos, comerciais, comunitários, jurí-dicos, institucionais – concebidos e empregados para assegurar medidas de controle da exclusvidade sobre um recurso escasso.

791 O que é uma cerca adequada? O termo pode fazer crer que seja adequado apenas o fechamento hermético. Isso não é exato. Um direito de propriedade pode ser viável mesmo quando a cerca não é à toda prova.[34] O risco de viola-ção não impede as pessoas de comprarem casas, mas o recorrente perigo de invasão, de pilhagem, servirá para inibi-las. Os "cuidados" no cercar, as des-pesas incorridas com patrulhamento, visam a reduzir as perdas decorrentes do que é objeto desses cuidados (invasão, fugas), são simplesmente custos da exploração da propriedade pelo dono.

792 Quanto melhor as cercas prevenirem ou contiverem os escapes, as fugas, melhor será a exploração da propriedade pelo titular. Para cada ação visando a tornar a cerca um pouco mais impenetrável, o proprietário indagar-se-á se o custo se justifica em comparação com as perdas que poderão ser evitadas ou do lucro suplementar que possa auferir. Globalmente, o direito de pro-priedade interessa na medida em que oferece ao proprietário, tendo em conta a exploração que pretende fazer e o custo de manter a exclusidade, um ren-dimento líquido superior ou ao menos comparável ao de outras aplicações possíveis, de seus recursos financeiros e talento.

793 Raciocínio análogo permite-nos determinar se uma nova técnica de cercar é interessante. A resposta é afirmativa na medida em que a maior exclusivi-dade criada exceder o custo adicional de implantá-la, considerando as eco-nomias resultantes do abandono da cerca anterior.[35] A nova técnica de cercar

33. Merges 1994, 2679 (trad.). Merges mostra que há muitas associações nos Estados Unidos criadas para gerar e proteger direitos informais de seus membros.

34. "Exclusividade é, frequentemente, matéria de grau". Cheung 1970, em: Furubotn/Pejovich, 1974, 27. Ou para retomar Rose, 1995: "Policiais têm muita experiência em tomar os mercados públicos suficientemente limpos para os negócios".

35. "Le principe est exposé par de Jasay 1994a, 57. De Jasay examine ensuite les façons dont les propriétaires peuvent externaliser une partie du coût d'exclusion à la communauté, par le biais d'une organisation étatique ayant pour mandat de faire respecter les droits de propriété. Cette

pode ser inventada pelo proprietário, como, também, ser do empreendedor a ser remunerado pelo mercado.

794 As cercas funcionam como outros bens econômicos. Propor uma nova forma de cerca em mercado é um ato de empreendedorismo: é preciso con-vencer os potenciais clientes de sua utilidade; há risco comercial pelo qual o empresário que a propõe quer ser remunerado. As cercas existentes podem ficar obsoletas quando outras, melhores ou mais baratas, aparecerem. Consi-dere-se, a título de ilustração, como uma cerca material, que anteriormente era constituída pela impressão, é fraturada pelo impacto da fotocópia e outras técnicas de reprodução, como a numerização. Afirmar-se que um direito de propriedade não é mais viável poderia significar, simplesmente, que a técnica de cercar sobre a qual estava baseado não é mais tão boa quanto já foi, caben-do ao proprietário substituí-la por outra.

795 Ganhos para o proprietário resultantes de cerca melhor ampliam os efei-tos de estímulo aos inventores de cercas. Mais genericamente, o efeito esti-mulador do direito exclusivo ultrapassa a gestão prudente do objeto do direito na busca de meios de exclusão que tornem esse direito viável ou aumentem sua efetividade.

796 Dispomos, agora, de elementos para compreender o processo de defi-nição privada de direitos. Se podem assegurar o controle material suficiente (espécie de cerca) sobre um recurso até então de livre acesso, pode-se pôr em prática forma elementar de propriedade, vez que o uso, os frutos e o abuso estão disponíveis, o último elemento graças à liberdade contratual. Simplifi-cando, pode-se dizer que controle + liberdade contratual = protótipo de pro-priedade. A pessoa que pensa poder explorar, de forma lucrativa, um recurso de livre acesso deve determinar se o rendimento previsto de que possa se apropriar basta para assumir o custo da constituição inicial e da manutenção subsequente da cerca.[36] É possível que a constituição inicial da cerca pressu-ponha uma redefinição de direitos existentes (por exemplo, quando se exclui alguma coisa do livre acesso), e que os atuais titulares não no consintam, eventualmente de maneira oportunista, mais do que em busca de compensa-ção. Isso afetará o custo da exclusividade, mas não muda a lógica geral aqui apresentada.

dernière considération paraît être l'explication principale de l'apparition première des droits intel-lectuels sous forme de privilèges accordés par le prince, du XV[e] jusqu'au XVIII[e] siècle." Ver Seig-nette 1994, 7-24. "O princípio é exposto por de Jasay -1994a, 57. De Jasay examina em seguida as formas como os proprietários podem externalizar uma parte do custo de exclusão para a comunida-de, pelo viés de uma organização estatal tendo como competência fazer respeitar os direitos de pro-priedade. Esta última consideração parece ter explicação principal no apareciemento primeiro dos direitos intelectuais sob forma de privilégios concedidos pelo príncipe, dos séculos XV ao XVIII."

36. Anderson/Hill 2003, 118-141.

797 A definição privada da propriedade visa a permitir que o aspirante a pro-prietário construa sua própria cerca.[37] A nova cerca será edificada com objetos sobre os quais o proprietário já detinha a titularidade, em outras palavras, que fazem parte da ordem privada. Se o proprietário for, em princípio, responsável pela qualidade da cerca, evitará estender sua empresa para além daquilo cuja exploração seja lucrativa: o custo da cerca aumenta com a extensão da empre-sa e terminará por se tornar proibitivo se o lucro da exploração não crescer na mesma proporção.

798 O discurso jurídico subentende que a propriedade não pode existir se-não por meio do reconhecimento pelo Estado, sendo garantida pela proteção pública. Essa forma de ver pode esconder parte importante da economia. De Soto explica como, em muitos países em vias de desenvolvimento, uma parte importante da economia funciona sem que os exploradores tenham título re-conhecido pelo sistema jurídico sobre os recursos explorados. Tal exploração é, nada obstante, possível pelo fato de que têm suficiente exclusividade de fato. A exclusividade foi notada durante uma visita à ilha de Bali pelos cães que cuidam das pequenas explorações agrícolas: cada vez que passava do limite de um terreno, um cão diferente começava a latir.[38]

799 Em grande número de domínios, as sociedades ocidentais têm admitido essa lógica de definição privada ou "captura".[39] Os interessados puderam ob-tê-la por cupidez, ou pelo "gosto do poder" para garantir a dignidade humana ou, ainda, para pôr fim a um conflito sobre um recurso até então administrado em comum.[40] Qualquer que seja a explicação, a tolerância da lógica da captura traduz uma posição implícita sobre o plano ético.

800 A explicação deve ser buscada no efeito estímulo da propriedade: em mãos privadas, os recursos escassos são voltados para uma utilização mais proveitosa que no acesso livre; os aumentos de ganhos daí decorrentes serão, normalmente, sentidos não apenas pelo novo proprietário mas percebidos pela comunidade, em particular se, ou quando, uma parte desses ganhos for redistribuída.[41] A contribuição do direito privado para o "crescimento eco-nômico" (para toda a comunidade) pode ser descoberta "por intermédio do mercado". Essa contribuição não é menos real e permite compreender nossa atual ligação com a instituição do direito de propriedade privada.[42]

37. De Jasay 1994a, 58; Mackaay 1996.

38. De Soto 2001, 170-171, 178 e 189; Friedman 2000, 119, 123, apontou o papel histórico dos cães de guarda entre os meios de cercar terras.

39. De Soto 2001, 107-108 Eggertson 2005, 186-189 dá muitos exemplos históricos de definição privada de direitos.

40. Ver Mackaay 1988.

41. De Alessi 2003, p. 90-111.

42. Ver North/Thomas 1973; Landes 1998; Gwartney/Lawson 2003.

801 Bom exemplo de definição privada de direito retomado pelo legislador é o histórico dos direitos sobre vegetais na França, relatado por Marie-Angèle Hermitte.[43] No início do século XX, associações de agricultores franceses se aperceberam da importância de direito de propriedade sobre suas invenções em matéria de variedades de plantas. Esses direitos poderiam permitir finan-ciar laboratórios que desenvolveriam essas invenções, que seriam comerciali-zadas entre os agricultores interessados. A ideia parecia interessante, pois, ao longo dos 20 anos precedentes, tinham sido estabelecidos os grandes tratados internacionais em matéria de direito de autor e de patentes.[44] A demanda en-dereçada ao Parlamento francês para recepcionar tais direitos por lei, depois de longos debates, fora negada porque a propriedade intelectual não deveria ser aplicada a produtos da natureza.

802 Fim da história? Não, porque os agricultores decidiram explorar as inven-ções entre os seus associados regionais e membros de associações nacionais. As regras internas – modelagens contratuais – determinavam em que condi-ções, financeiras e outras, os membros poderiam ter acesso às novas inven-ções, estabeleciam as proibições de transmiti-las a não membros e a obrigação de destruir as culturas existentes, fruto dessas pesquisas, se o membro dei-xasse a associação. Tais estruturas definiam uma espécie de quase proprieda-de explorada pelas associações e permitiram o desenvolvimento de pesquisas laboratoriais. A fórmula permitia acumular experiência sobre a questão de saber se a proteção de certos produtos naturais engendra efeitos benéficos. A experiência foi nesse caso, bastante conclusiva, a ponto de os legisladores franceses, em 1970, aprovarem lei sobre a proteção das espécies vegetais ins-pirados diretamente na vivência dessas experiências.[45] A iniciativa privada tinha "previsto" o direito que foi, em seguida, positivado, codificado.

802a. Nota da tradutora A pesquisa agropecuária, no Brasil, tem entre as principais instituições a Embrapa (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuá ria), empresa pública vinculada ao Ministério da Agricultura, voltada para a pesquisa. A Embrapa atua tanto na pesquisa agrícola (grãos) quanto na animal, mantendo centros especializados em diferentes regiões o país. Além da Embrapa, o Instituto Agronômico, situado em Campinas, Estado de São Paulo, também voltado para a pesquisa vegetal e animal.

43. Hermitte 1988, 40-82.

44. As Convenções de Paris em matéria de propriedade industrial (1883) e de Berne, em matéria de direito de autor (1886).

45. *Lei nº 70-489, de 11 de junho de 1970, sobre a proteção de variedades vegetais*, cujo conteúdo foi transposto para os arts. 623-1 ss. do *Code de la Propriété Intellectuelle (Lei nº 92-597 de 1º de julho de 1992 relativa ao Código de Propriedade Intelectual*); Hermitte 1988; também Mackaay 1991b. Demais, foi concluída em Paris, em 2 de dezembro de 1961, a Convention internationale pour la protection des obtentions végétales.

Em 1997, a Lei nº 9.456 institui a proteção aos cultivares, isto é, definiu-se a proteção a direitos relativos à propriedade intelectual, sobre vegetais. O art. 3º. da lei, inciso IV, define cultivar como a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja distinguível, de forma clara, de outras cultivares conhecidas (portanto, nova ou diferente), homogênea e estável através de gerações sucessivas e passível de uso pelo complexo agroflorestal, bem assim a linhagem componente de híbridos. Os incisos V a IX definem nova cultivar, cultivar distinta, cultivar homogênea, cultivar estável, cultivar essencialmente derivada. A legislação é bastante detalhada, o que facilita a definição do direito de propriedade. Em seguida, a lei trata de linhagens, hi-bridismo, distinguibilidade, homogeneidade e estabilidade, amostra viva, se-mente, propagação e complexo agroflorestal, entre outras especificações.

A respeito de propriedade intelectual, a lei abrange, além da nova cul-tivar, ou da essencialmente derivada de qualquer gênero ou espécie vegetal, podem ser "patenteadas" as que, nada obstante não enquadráveis nessas exi-gências, tenham sido oferecidas à venda até a data do pedido, se atendidas as condições determinadas.

Podem obter o direito de propriedade intelectual sobre a cultivar a pes-soa natural ou jurídica, herdeiros ou sucessores, e eventuais cessionários que obtiverem nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada. A proteção recai sobre o material de reprodução ou multiplicação vegetativa da planta inteira e assegura ao titular o direito à reprodução comercial no país, vedando seu oferecimento, sem autorização, por terceiros durante o prazo de proteção.

803 Merece ser ressaltado um aspecto da experiência. A viabilidade dessa "ex-perimentação" pressupõe que se possam impedir fugas da pesquisa (desvios dos benefícios) geradas se pessoas que obtêm os resultados da pesquisa, por meio do viés de um membro pérfido mas difícil de identificar, que não con-tribuiu para seus custos. O sistema jurídico pode sustentar o processo de definição privada de direitos, sancionando os desvios mediante a doutrina da responsabilidade extracontratual, como atos parasitários, por exemplo. A operação é, portanto, delicada, pois os tribunais devem, ao sancionar o terceiro carona, que se aproveita da fuga, evitando tornar-se cúmplices de manobras voltadas para a cartelização da indústria. Deve-se, pois, verificar se as normas da associação não levam à manutenção da exclusividade das in-venções e não afetam os preços praticados pelos agricultores nem restringem a qualidade dos produtos daquela cultura postos no mercado, o que poderia constituir redução da concorrência. Comentando a decisão da Suprema Corte norte-americana, de 1941, que proibiu a Associção de conceituar vestimen-tas de moda (*Fashion Originators Guild of America*) como cartel anticoncorren-cial, Merges lamenta que a corte não tivesse, no julgamento, feito a distinção

condenando a prática de fixar preços e admitindo que eles visavam a manter uma forma de propriedade sobre os desenhos de moda.[46]

804 Libecap, que escreveu bastante sobre a definição privada de direitos por via contratual, demonstra como o processo funcionou nos Estados Unidos da América em setores tão diferentes quanto a exploração mineral em geral e pe-trolífera em particular, a pesca em alto-mar, o não cultivo de terras pertencen-tes ao governo federal norte-americano.[47] Outras pesquisas permitiram-lhe observar o mesmo fenômeno em áreas de preservação de terras na Amazônia brasileira.[48]

d. Comparação dos modos de definição

805 Os direitos podem ser definidos por meio privado ou pela autoridade pública com competência para fazê-lo. Em que circunstâncias escolheremos uma ou outras dessas formas: McChesney, em 2003,[49] estuda os custos com-parativos dessas formas de governança.

806 A definição privada de direitos gera três tipos de custos: custos de transa-ção, custos da exclusividade e os custos ligados ao "processo de apropriação". Examinemos seus papéis.

807 Os custos de transação aparecem nos entendimentos entre as pessoas que poderiam fazer valer suas pretensões concorrentes sobre o que desejam apropriar (reciprocamente). Esses custos aumentam à medida que o círculo de pessoas cresce em número, em virtude da dificuldade de se contactar cada uma delas, e dos comportamentos estratégicos que podem ser adotados por uns e outros.

808 Definidos os direitos, é preciso que sejam respeitados, isto é, garantir-se que as cercas sejam erigidas e, de forma efetiva, limitar o acesso ao recurso escasso. Esses são os custos da exclusividade. Se, na alocação inicial dos direi-tos, uma parte das pessoas interessadas não recebe nada, ou tem sua posição piorada, elas não têm interesse em respeitar as cercas, e até mesmo mediante recurso à violência poderão apossar-se do bem de outrem. Há, ainda, quem procure, sub-repticiamente, por cupidez, aumentar sua parte à expensa de outros. A proteção de seu bem por cada um consome recursos escassos que são subtraídos das atividades diretamente produtivas. A violência é onerosa.[50] Os proprietários têm interesse em saber como minimizar tais custos; mais

46. Merges 1996, 1364, comentando *Fashion Originators'Guild of America, Inc.* v. FTC, (1941) 312 U.S. 457.

47. Libecap 1989 e em outras publicações.

48. Libecap 2003, 150.

49. McChesney 2003.

50. Haddock 2003, 177.

precisamente, se, ao reunir esforços para a proteção dos direitos, permite-lhes obter economias.

809 Por derradeiro, é preciso prever um terceiro tipo de custo que tem efeito de estímulo, incentivo sobre o direito a ser definido. Diante da perspectiva de obter ganhos significativos quando se obtém um direito de propriedade sobre um recurso até então administrado pelo sistema de livre acesso, cada um tem interesse em se adiantar para fazer valer suas reivindicações, mesmo se as perspectivas de sucesso forem muito incertas. Daí resulta uma "corrida à apropriação" que poderia levar a desperdícios.[51]

810 Pode-se supor que o Estado tem vantagem comparativa relativamente a esses três tipos de custos, ao menos por uma parte deles. Incorporando, por sua própria natureza, um procedimento de decisão mais ou menos democrá-tico, conforme o caso, em coletividades de dimensão variável, reduz os cus-tos – de transação – do primeiro tipo. Tendo o monopólio da constrição, ou ao menos um rendimento de escala determinante no uso da força, o Estado reduz os custos – de exclusividade – do segundo tipo. O direito definido pelo Estado parece dar maior certeza do que o resultante da definição privada, ape-nas. Para ilustrar a importância do monopólio da força, McChesney lembra a história da Irlanda do Norte: os acordos de paz, com a criação de um governo unificado, foram aceitos, depois de muito tempo, pelas oposições que recusa-vam depor as armas.[52] Quanto à corrida pela apropriação, o Estado pode redu-zir os efeitos ao atribuir a propriedade direta e, inicialmente, determinando o momento a partir do qual a apropriação privada é admitida ou prevendo procedimento de atribuição incial do direito.

811 Seria a via estatal sempre a melhor para assegurar a criação de direitos de propriedade? Não necessariamente. O funcionamento do Estado impõe custos que não fazem parte da definição privada de direitos. Os custos são de muitas ordens.

812 Há, pois, um problema de informação: as pessoas que têm o encargo de decidir, em nome do Estado, se convém "privatizar" um recurso nem sempre terão acesso à informação sobre vantagens e custos dessa privatização que outros atores privados percebem.[53]

813 É um problema geral apontado desde os anos 1920 e 1930 pelos eco-nomistas da escola austríaca, como Mises e Hayek, em oposição aos econo-mistas socialistas, ao sustentarem a tese de que a organização socialista da economia não é viável.[54] O planejador central não disporá, nunca, de todo o

51 McChesney 2003, 233 ss.

52. McChesney 2003, 231.

53. McChesney 2003, 239.

54. Kirzner 1989; Lavoie 1985; sobre a escola austríaca em geral, ver Harper 2003 e a excelente expo-sição sobre o site da história econômica: <http://cepa.newschool.edu/het/schools/austrian.htm>.

conhecimento, que é disperso, das circunstâncias de tempo e lugar sobre as quais os atores privados se baseiam para decidir se vale a pena, ou não, adotar uma determinada ação.[55] Essa falta de conhecimento é intransponível, insupe-rável, podendo levar o Estado a atribuir os novos direitos a pessoas que nem sempre fariam deles o uso mais valorizado.

814 Em segundo lugar, o funcionamento do Estado pode ficar sujeito ao clien-telismo (*busca por rendas*).[56] Mesmo onde a atribuição inicial de direitos possa ser facilmente corrigida graças a baixos custos de transação, isto não é indife-rente, porque atribui riqueza aos inicialmente favorecidos.[57] Os beneficiários podem ser amigos do ditador ou, em democracias representativas, membros do grupo de interesse de suporte do governo.

815 Em último lugar, o funcionamento do Estado causa um problema de agência na medida em que o Estado age por intermédio de mescla de pessoas
– políticos ou funcionários – cujo interesse não necessariamente coincide com o interesse geral e que não podem ser inteiramente fiscalizados. A discrição de que essas pessoas dispõem pode ser exercida conforme sua visão das coisas ou mesmo de seus interesses particulares, não sempre no interesse geral, que é a missão do Estado.[58]

816 Baseado em exemplos históricos da atribuição de terras nos Estados Unidos da América, McChesney sustenta que esses três fatores, reunidos ou separadamente, podem ter – e de fato tiveram – três efeitos indesejáveis. Pri-meiramente, os direitos de propriedade podem ser definidos de forma ine-ficiente, por exemplo, pela criação ou conservação de propriedade estatal sobre recursos que prestam melhor à exploração privada, ou pela atribuição da propriedade a pessoas inadequadas. Sob aparência de propriedade, direitos podem ser definidos de forma a restringir o acesso ao mercado; consagrar cartel ou admitir o monopólio. O cartel e o monopólio diminuem a quantidade disponível de um bem no mercado, enquanto a propriedade não produz esse efeito e é, ao contrário, condição para o estabelecimento de mercados concorrenciais.

817 Em segundo lugar, pode haver pressões políticas para que os direitos de propriedade não sejam definidos, deixando os bens para livre acesso. Deve-se prever, então, o esgotamento do recurso decorrente da superexploração.

818 Em terceiro lugar, a intervenção governamental pode, paradoxalmente, destruir direitos de propriedade existentes ou em via de formação. O Estado,

55. Hayek 1945, 524 escreveu: *"The economic problem of society is mainly one of adaptation to changes in particular circumstances of time and place."* "O problema econômico da sociedade é principalmente o de adaptação a mudanças em circunstâncias especiais de tempo e espaço."

56. Ver o Capítulo 5, consagrado à ordem política e ao poder.

57. McChesney 2003, 239 = 240; Tullock 1967, 1993.

58. McChesney 2003, 240.

muito forte para garantir a proteção da propriedade, o é, também, para es-poliar o proprietário de seu bem em proveito de detentores do poder ou de pessoas que deseja favorecer.[59] O pior exemplo, no momento atual, é, sem dúvida, o do Zimbábue, em que o governo sustenta grupos que se apressam em desapossar, de maneira violenta, os proprietários de suas terras.[60] O risco de espoliação tem consequências nefastas sobre o incentivo à propriedade e, por via reflexa, sobre quem deseja frutos de curto prazo que podem ser obtidos, ou facilmente transferidos, em detrimento da rentabilidade de longo prazo e da criação de bens de capital que, no curto prazo, serão relativamente imobilizados.

819 Mais sutilmente, a intervenção governamental, em matéria de utiliza-ção das ondas hertzianas nos Estados Unidos da América, teve, na visão de McChesney, análogos efeitos perversos. Quando os americanos descobriram a viabilidade de emissões radiofônicas, no início do século XX, eclodiu, nos quatro cantos do país, uma corrida para ocupar essas ondas, sendo as ondas hertzianas consideradas recurso de livre acesso.[61] Nota-se, aqui, o processo de definição privada de direitos por meio do reconhecimento da primeira ocu-pação. Em 1927, o caos inicial estava em vias de ser resolvido graças à ação dos tribunais estaduais. Ora, o governo federal norte-americano, não tendo qualquer influência sobre o processo, entendeu que deveria intervir para "ex-propriar" as ondas e tomar o controle para instituir um processo de atribuição de licenças administradas pela *Federal Radio Commission*, que precedeu a *Federal Communications Commission.* A ineficiência do sistema foi descrita em muitos e bem documentados estudos.[62]

820 Do antecedente pode-se concluir que a via ótima para articular direitos de propriedade sobre novos bens varia conforme as circunstâncias. Qualquer que seja a via mediante a qual é feita a primeira atribuição, há interesse em que o sistema jurídico recepcione a nova instituição de forma a integrá-la no tecido das instituições existentes. De Soto chamou a atenção para o que acon-tece se o direito, sob esse aspecto, não seguir a evolução social.[63] Tratando da economia cinza dos invasores, (*squatters)* na América Latina, lembra que a exploração de um recurso sobre o qual se tenha controle de fato, porém a que falte título jurídico, é possível, mas está carregada de incertezas: o invasor pode ser expulso sem as formalidades legais, salvo se puder pagar quem vier inspecionar a área, numa espécie de imposto da máfia que garante a proteção local; pode transferir a posição a outra pessoa que deve estar dentro de um

59. Haddock 2003, 165, 187 (nt 28).
60. McChesney 2003, 248.
61. Lueck 2003 et McChesney 2003, 250.
62. Coase 1959; Hazlett 1990.
63. De Soto 2001.

círculo restrito, o que reduz o preço que poderia obter, a situação irregular torna difícil a obtenção de empréstimos, vez que o recurso não é aceito como garantia.

821 Para o jurista, o invasor não tem direito, mas, para o economista, nada obstante, parece útil reconhecer-lhe um direito de fato – *property right* em sentido lato – uma vez que esta forma do "direito" do explorador principal, determinaria o tipo de uso a ser dado ao recurso. Um direito imperfeito, ou não reconhecido no plano jurídico, pode levar a uma determinada, e provavel-mente não ótima, exploração. O proprietário "de fato" procura minimizar os inconvenientes de sua situação irregular para, naquelas circunstâncias, garan-tir o melhor rendimento da sua "propriedade".

822 O reconhecimento jurídico de direitos requer contribuição do Estado para sua proteção. Hirshleifer observa que:

"le fondement même de l'État repose sur la publicisation – le déplacement du secteur privé vers le secteur public – d'une bonne partie des activités coûteuses de patrouiller et de surveiller imposées par la nécessité de protéger les biens de production contre la redistribution par des intrus. Sans ces activités de police de l'État que nous ap-pelons droit, les systèmes humains de propriété n'auraient jamais progressé au-delà de démarcations territoriales garanties par supériorité de force locale."[64] (O próprio fundamento do Estado repousa sobre a publicização – mudança do setor privado para o público – de boa parte das atividades onerosas de acompanhar e fiscalizar, impos-tas pela necessidade de proteger os bens de produção contra uma redistribuição por instrusos. Sem essas atividades de polícia do Estado, que denominamos direito, os sistemas humanos de propriedade jamais teriam progredido além das demarcações territoriais garantidas pela superioridade da força local.)

823 Os meios destinados à proteção de sua propriedade, para todos os pro-prietários, diminui os recursos disponíveis para utilização produtiva. A vio-lência, seja defensiva ou que vise a espoliar terceiro de seu bem, é custosa.[65] O Estado tem acesso a importantes economias de escala na proteção da pro-priedade por meio coletivo. Mais precisamente, é interessante estender essa proteção pública na medida em que a proteção suplementar custa menos do

64. Hirshleifer 1983, xx, escreveu: "*The very foundation of the state rests upon the publicization–the shift from the private to the public sector–of much of the costly patrolling and monitoring dictated by the need to protect productive assets from being redistributed to intruding claimants.Were it not for this state policing that we call law, human systems of property never would have advanced beyond mere territorial sequesterings backed by local preponderance of power*". ("A própria base do Estado repousa sobre a publicização – a mudança do setor privado para o público – de boa parcela dos custos de patrulhamento e monito-ramento incorridos pela necessidade de proteger ativos produtivos de redistribuição por invasores com pretensões. Se não fosse por essa função de policiamento do estado, que denominamos lei, os sistemas humanos de propriedade nunca teriam avançado além de mera apropriação territorial suportada pela preponderância do poder local").

65. Haddock 2003, 177 ss.

que aquilo que os proprietários, individualmente, gastariam para garantir essa mesma proteção. Como o custo da proteção pública aumenta na mesma medida que se torne mais específica para cada proprietário, embora diminua para os proprietários individualmente, atinge-se ponto além do qual a prote-ção individual é a opção menos onerosa.

824 A divisão de tarefas daí decorrente minimiza o peso global da defesa da propriedade. A proteção pública da propriedade não é mais do que comple-mento da missão que tem o titular de proteger seu direito.[66] O direito garante respeito aos arranjos que, essencialmente, sejam viáveis, não àqueles que pe-riclitam, ou em relação aos quais o titular não tenha interesse. A divisão pode variar de um para outro tipo de bem, de uma para outra sociedade, de uma para outra época. Como bem disse Zénati, "um legislador econômico deveria não agir em matéria [reforço de proteção incômoda ou pouco eficaz] salvo se para facilitar a apropriação de uma coisa que, por sua natureza, não no seja facilmente".[67]

Seção 2

Mãos à obra

1. OBJETO

a. Universalidade da apropriação

825 A lógica desenvolvida na primeira parte sugere que, à medida que des-cobrimos diferentes modos de utilizar as coisas que nos circundam, elas deixarão de ser de livre acesso e passarão a ser sujeitas a alguma forma de propriedade. Progressivamente, essa função do direito de propriedade alcan-çará todas as coisas que se tornarem escassas: a apropriação será universal. A lógica poderá levar a supor que o uso mais valorizado será alcançado quando todas as coisas sejam submetidas a alguma forma de propriedade privada.

826 Não se devem esquecer os custos da criação e da manutenção da pro-priedade.[68] Certas coisas, dadas as técnicas atualmente conhecidas, não se prestam à apropriação: a *res communes* do direito romano. É o caso do ar e dos oceanos. Os seres humanos não conseguiram imaginar múltiplos usos

66. De Jasay 1994a, 58.

67. Zénati 1988, 20-21.

68. Posner 2003, 33.

para esses recursos e, por isso, tornaram-se coisas escassas. Os oceanos são utilizados para o transporte de mercadorias e pessoas, para a pesca, natação, navegação recreativa e, até, para receber despejos dos processos industriais. Enquanto esses usos puderem coexistir sem que mutuamente causem atritos, e os usuários formarem um grupo restrito, regulamentação simples por meio de normas especiais bastará para sua administração.[69] Quando os conflitos se tornarem numerosos e mais sérios, sua gestão será assumida pelos Estados, como se deu com a regulamentação da pesca em alto-mar com a ampliação da zona territorial, ampliada para 200 milhas da costa. Em relação ao ar, o Estado administra a escassez estabelecendo limites toleráveis de poluição; em certos casos, há permissões negociáveis para lançar uma quantidade definida de poluentes –[70] são os conhecidos créditos de carbono. Trata-se de simulação parcial dos efeitos da propriedade privada: estabeleceu-se um mercado para tais permissões; a poluição é afetada por preço, que depende das necessidades dos industriais; o titular da permissão internaliza os custos desses atos. Aqui a dificuldade é estabelecer a quantidade total de poluição que o ambiente (quer dizer, os usos imaginados pelos outros usuários) pode "suportar", e ga-rantir respeito aos direitos limitados que tenham sido acordados. Se essas *res communes* não são propriamente objeto de propriedade, estão, nada obstante, submetidas a um controle que visa à gestão da escassez.

827 Possível que tais coisas comuns sejam recursos que, ainda que se pres-tem à apropriação privada, devem ser objeto de acessibilidade geral para o bem da comunidade – as *res publicae* do direito romano: caminhos, estradas e ruas, rios e riachos, portos, atracadouros, para retomar a enumeração que lhes dá o art. 538 do Código Civil francês. A situação especial desses recursos está em serem essenciais para a exploração de bens sob domínio privado, para o comércio e outros usos, em que, dada a densidade de sua utilização, a regulamentação informal, por normas comunitárias, não basta para afastar o risco de superconsumo, se ficarem sob regime de livre acesso ou o risco de
baluarte[71] se forem administradas como propriedades privadas. A desastrosa experiência de pedágios, que existiam nas estradas e pontos de certas regiões da Europa, até recentemente, lembra a natureza deste último risco.

828 Um segundo motivo, simétrico, existe para criar a *res publica.* O comércio cria o efeito rede: quanto mais numerosos formos e participarmos, maiores serão as possibilidades de tornar os negócios lucrativos. O lucro suplementar,

69. Rose 1986, 739 ss, 758 ss.

70. Rose 2002 faz excelente análise dos *tradeable environmental allowances* – TEA. Ver também Anderson 1991, Bouckaert 1997a.

71. Ver o Capítulo 2, consagrado às interações humanas.

a *renda*, da atividade acrescida justificará a destinação pública dada a vias de acesso gerais.[72]

829 As *res publicae* são administradas pelo Estado sob supervisão e de maneira a garantir acesso geral mantendo o recurso em condições de servir. Conforme os países, elas podem ser tratadas como forma de propriedade do Estado ou ser designadas diferentemente. É claro que se trata de uma forma de proprie-
dade distinta daquela privada por sua função dita de *domínio público*,[73] que impõe normas especiais para a exploração, transferência e prescrição.

830 Historicamente, as terras sob proteção (*en friche*) costumavam ser consi-deradas como de propriedade do soberano, que podia conferir sua exploração a particulares, por locação ou mediante venda. Os Estados Unidos da Amé-rica tinham esse regime no século XIX para terras conquistadas na fronteira ocidental de Estados já desenvolvidos. A apropriação pelo sobrerano pode satisfazer a cupidez dos administradores. Pode, também, preencher a útil função de evitar corridas aos recuros livres, com a violência e outras perdas relacionadas e já apontadas. Isso não impediu, nos Estados Unidos da Amé-rica, algum *squatting* (invasão), que foi, em seguida, regularizado tendo como escopo, manifestamente, chegar-se a uma apropriação de terras por aqueles que eram os mais aptos a cultivá-las.[74]

831 Muito poucos bens tangíveis, no direito atual, permanecem em regime de acesso livre; quase todos são, em princípio, submetidos a alguma forma de propriedade. O Código francês dispõe que os bens vacantes e sem dono per-
tencem ao Estado.[75] Essa disposição deve ser entendida como aplicável apenas aos imóveis,[76] tal como prevê, expressamente, o direito de Québec.[77] A livre acessibilidade sobre a propriedade de imóveis, sem dúvida, geraria incerteza muito onerosa. Em matéria de bens móveis, a regra difere: um móvel vazio pode ser apropriado pela pessoa que demonstrar sua vontade de tornar-se
proprietária mediante a posse.[78] Mas a classe de móveis vacantes é restrita: não são mais do que coisas abandonadas, os tesouros escondidos e animais selvagens.

832 Os seres humanos exercem direitos sobre si que se assemelham, na es-sência e estrutura esquemática, à propriedade, ainda que não sejam assim

72. Rose 1986, 770 e Rose 2003.
73. Zénati 1988, nº 19, p. 28.
74. De Soto 2000, 107-108.
75. 539 e 713 Code civil français (CCfr).
76. Carbonnier 1995, nº 240, p. 414.
77. 936 C.c.Q.
78. 935 C.c.Q.

designados.[79] A liberdade individual parece composta de direitos privados não transferíveis, algumas vezes denominados direitos de personalidade, que re-caem sobre a pessoa, o corpo, o nome, a imagem, a reputação, as informações, a intimidade. Esses direitos são protegidos por uma série de garantias, às ve-zes postos no plano dos direitos fundamentais, visando a prevenir usurpações pelo poder público, além do necessário.[80]

833 Se a tese estiver correta, a formulação dos direitos da personalidade deve-ria seguir a dinâmica geral da emergência de direitos privados. A oportunidade de explicitar um direito privado sobre um novo objeto só seria percebida no momento em que muitos usos fossem possíveis (escassez). Para os direitos da personalidade, o interesse em articulá-los, atualmente, advém, exatamen-te, das novas tecnologias que permitem dar-lhes funções que, anteriormente, dado o custo proibitivo, eram praticamente impossíveis.

834 Garantindo a generalização da instituição da propriedade sobre objetos tangíveis, o direito contribuiu para a eficiência econômica ao orientar o insti-tuto para bens cujo uso fosse mais valorizado.

b. *Móveis e imóveis*

835 O esqueleto da propriedade é a soma de excluvidade com o uso, frutos e faculdade de transferir. Necessário, pois, preencher essa fórmula de conteúdo abstrato, que variará segundo a natureza do objeto.

836 A doutrina habitualmente faz, logo nas primeiras páginas dedicadas ao direito das coisas, a distinção fundamental entre bens móveis e imóveis. Do ponto de vista econômico, a distinção se justifica pelo fato de a especificação da propriedade variar significativamente entre essas duas classes de bens. Os imóveis, tradicionalmente ao menos era assim, representam parcela impor-tante no valor do patrimônio do proprietário. O valor justifica determinadas precauções para sua transferência visando a evitar incertezas sobre o titular, fraudes, arrependimento do vendedor: documento escrito (escritura pública

79. Cf. a tese sustentada em Baudouin/Labrusse-Riou 1987, p. 188: “L’homme a ainsi récupéré ou acquis sur son propre corps un pouvoir de disposition qui n’est pas non plus nécessairement tributaire de l’analyse classique du ‘droit de propriété’.” “Comme nous le verrons, la différence essentielle nous semble résider dans le caractère inaliénable de la plupart des prérogatives du droit sur son corps.” “O homem assim recuperou ou adquiriu um poder sobre seu corpo, como veremos; a diferença essencial parece-nos residir nas características inalienáveis da maior parte das prerro-gativas do direito sobre seu corpo.”

80. Il n’y a pas lieu ici d’étudier la dynamique de l’émergence des libertés publiques. Qu’il suffise d’insister sur le nombre et la diversité des conditions devant être réunies pour qu’on en vienne à contrer un abus de pouvoir vécu par la formulation de droits fondamentaux. Não cabe aqui estudar a dinâmica da emergência das liberdades públicas. Basta insistir no número e na diversidade das condições antes de serem reunidas para que se restrinja ao abuso de poder vivido pela formulação dos direitos fundamentais. Ver Mackaay 1986, 83 e Mackaay 1997a.

dependendo do valor), sistema de registro, maior prazo para prescrição aqui-sitiva do que para os móveis.

837 Os imóveis, por sua natureza, não se prestam a mudança de local. Isso dispensa a adoção de precauções essenciais para manter o controle das coisas móveis, que podem ser transportadas. Podem, dessa forma, ser objeto de um direito de garantia sem desapossamento, a hipoteca, sendo desnecessárias re-gras, importantes em face de móveis, que determinem a propriedade da coisa se for negociada depois de um furto ou outra forma de desapossamento do proprietário.

837a. Nota da tradutora O Código Civil Brasileiro trata dos bens imóveis nos arts. 79 a 81 e dos móveis nos arts. 82 a 86. A classificação leva em conta, precipuamente, a mobilidade – própria ou mediante ação alheia, sem altera-ção da substância ou da destinação econômico-social, sendo imóveis o solo e o que se venha a ele incorporar natural ou artificialmente.

838 Indisputado que aquilo a que se denomina propriedade tem colorações variáveis conforme as características de seu objeto, incorporando os traços essenciais do instituto. Nota-se que a variabilidade se estende a particulari-dades de novos bens situados entre aquelas duas categorias, como aqueles sujeitos a registros ou matrículas (navios, aeronaves, automóveis) ou empre-sas. A propriedade de intangíveis, como as criações intelectuais ou pessoais, a imagem e a reputação da pessoa, adotará as formas particulares ditadas pelo seu objeto. Deve respeitar a dinâmica geral da propriedade o fato de que os novos direitos não serão recepcionados salvo se o objeto se tornar escasso.

c. Novos objetos

839 A propriedade é uma instituição com vocação geral que pode ser amplia-da para abranger novos objetos. Ao longo da história, vimos novas formas de propriedade sobre a empresa, fundos de comércio e clientela a ela associados, sobre a eletricidade. Os esportistas profissionais têm contratos com seus clu-bes que permitem a estes negociarem os direitos ou serviços daqueles. Em alguns aeroportos, o direito de aterrissagem e ter acesso a um ponto deter-minado das instalações aeroportuárias é negociável e atua como um “direito similar” à propriedade.[81] Alguns propõem soluções parecidas para as ondas hertzianas. Reconheceu-se, recentemente, direito respeitante à reputação e à vida privada, que pode ser punido, na França, mesmo por ordem interlocu-tória;[82] o Código Civil de Québec consagra todo um capítulo, detalhando os interesses que esse direito visa a proteger.[83] A pessoa humana é, igualmente,

81. Boyfield 2003; Bouckaert 1993, citado em Bouckaert 1997a.

82. 9 CCfr; 35 C.c.Q.

83. 35 s. CCQ, em particular 36 C.c.Q.

considerada inviolável, tendo direito à sua integridade.[84] O Código francês dis-põe que o corpo humano, seus elementos e produtos não podem ser objeto de direito patrimonial e estão, pois, *a fortiori*, excluídos do comércio. Ainda assim, admite-se que a pessoa possa doar órgãos. Cabe pensar que o indivíduo tem, sobre sua pessoa, direito exclusivo e não transferível. Esse direito se conforma com a estrutura da propriedade aqui esquematizada, abstraindo-se o abuso.

839a. Nota da tradutora Não diferente é a disciplina do direito pátrio a respeito da titularidade do corpo humano e da legislação especial que proíbe a comercialização de órgãos. Lembra-se, entretanto, que houve uma tentativa de tornar todas as pessoas, após a morte, doadoras de órgãos para transplante, como se o corpo humano sem vida passasse à titularidade do Estado. A ten-tativa não prosperou, e a doação é, atualmente, fruto de decisão da pessoa, em vida, que pode dispor do corpo após a morte, ou de familiares (espécie de herdeiros desse poder de disposição).

840 Por que reconhecer todas essas instituições como formas de propriedade? A teoria da propriedade tem lições sobre a emergência de direitos. Prevê que os direitos só serão articulados a partir do momento em que se torna possível a multiplicidade de usos, fazendo aparecer a escassez, o que pode dar lugar a conflitos. A propriedade é resposta a esse desenvolvimento e é, em princí-pio, acessível aos interessados, desde que se possa garantir um mínimo de exclusividade. A exclusividade, somada à liberdade contratual e com apoio ju-risprudencial sob forma de sanção dos atos puramente parasitários, permite, como exposto atrás, “modelar” um direito sobre um objeto novo. O legislador pode, em seguida, recepcionar esse direito em lei. Se os contratos sobre esse novo objeto puderem ensejar arrependimento – o comércio é muito tentador –, seria bom, num primeiro momento, reforçar, as precauções para atos pra-ticados e mediante os quais os interessados se obrigariam a entregar o bem ou, ao contrário, adquiri-lo, abrandando-as quando os riscos forem mais bem conhecidos e controlados: balizar o processo de tentativa e erro que evolui conforme a ampitude e a natureza do risco de arrependimento, se necessário.

841 A propriedade, qualquer que seja sua forma, mesmo protótipos, cria in-centivo à administração prudente e à inovação; leva à criação de mercados cuja função é facilitar o encontro de ofertantes e demandantes de bens, refor-çando os efeitos de incentivo dessa instituição, a propriedade. Os mercados induzem à criação de informações sobre os bens negociados e certa padroni-zação. Dessa forma, os bens evoluem mais rapidamente na direção dos usos mais valorizados.

842 Para compreender essas vantagens, é preciso entender o processo de apa-recimento de novos direitos: o que isso pode gerar assim como seus limites; para enquadrar o novo, é preciso ter presente as características gerais da pro-priedade, ao formatar a nova instituição. Às vezes, pode ser útil lembrar, ainda

84. 16, 16-1 s. CCfr; 10 C.c.Q.

que a título de exercício para extrair as qualidades e fraquezas das inovações, ao incluir um fenômeno, o que fizeram Elisabeth Landes e Richard Posner, de forma provocativa, assemelhando o que seria um mercado sobre direitos de educar uma criança em comparação com o vigente processo de adoção.[85]

2. TITULAR

a. *Titular único*

843 A lógica da propriedade exposta neste capítulo favorece a visão de um só agente que decide. A pessoa que toma as decisões sobre o uso do recurso e que, diretamente, suporta os efeitos de suas decisões (efeito retrotração); é, também, a pessoa que decidirá quanto a vender ou conservar o bem, o que reduz custos de transação em comparação com a situação em que há multipli-cidade de agentes que decidem.

844 Ainda que seja "normal" a fórmula da propriedade de titular único, con-vém indagar quem deve ser considerado titular. A questão é pertinente na hipótese em que muitas pessoas contribuem para valorizar o recurso, como é o caso de um filme, ou outro trabalho de equipe. Mas a dúvida surge também em contexto bastante diferente na América Latina, como lembrado por de Soto, em que "invasores" (*squatters),* exploram, *de facto,* um recurso de pro-priedade de outro titular, um organismo público, um governo, por exemplo.[86] Explica que a falta de título oficial complica, para os invasores individualmen-te, a exploração do recurso e seu financiamento.[87]

845 A análise econômica do direito entende que a propriedade deve perten-cer à pessoa que esteja na posição de melhor garantir a valorização (ou a exploração rentável) do recurso.[88] Se não for desde o início o titular, é pre-ciso, seguindo a lógica exposta no capítulo dedicado ao teorema de Coase, cuidar para que adquira, de quem seja o titular, uma vez que fará melhor uso (mais rentável) do que aquele, ao mesmo tempo em que se exclui a operação inversa, dado que o rendimento inferior não permite compensar inteiramen-te o titular "mais produtivo" para induzi-lo a ceder sua pripriedade. Nessas circunstâncias, é melhor atribuir a propriedade, imediatamente, à pessoa em questão, economizando uma transação.

85. Landes/Posner 1978. Ver a analíse do casamento como contrato de longo prazo proposta em Cohen 1987 e revista em Cohen 2002.

86. De Soto 2001, c. 4.

87. De Soto 2000, 84; ver também nosso capítulo dedicado ao mercado negro.

88. "We expect that the party with the most control over the variability would become residual claimant (though in the case here I do not know who that should be)." (Barzel 2003, 52). "Espe-ramos que a parte com o maior controle sobre a variabilidade seria um *residual claimant* (embora no caso não se saiba quem seria)."

846 A tese indicativa sobre quem é o proprietário tem caráter descritivo: no-ta-se que, no longo prazo, a propriedade será atribuída no sentido indicado pelo uso mais valorizado. A resposta é incompleta porque os custos de tran-sação podem ser relevantes e impedir a presumida operação; o longo prazo pode ser muito longo. A tese pode, pois, ser lida de maneira normativa, con-cluindo-se que é desejável atribuir a propriedade à pessoa que dela fará o uso mais valorizado.

847 De Soto sustenta que ao longo da história os direitos dos países desen-volvidos adotaram essa tese, regularizando, periodicamente, as situações irre-gulares que se desenvolveram à margem do direito vigente pela migração de pessoas em busca de melhores oportunidades. As migrações, historicamen-te, ocorreram de forma regular e continuam a ocorrer atualmente, mesmo quando as legislações visam a impedi-las. É o caso dos países em vias de de-senvolvimento, como Peru, Brasil, México, sem contar as favelas das antigas colônias inglesas.[89] Os migrantes criam uma realidade à margem do direito; fazem benfeitorias nas terras ou exploram o comércio sem serem legalmente seus titulares. Aqui, encontra-se importante fonte de inovações. O interesse geral será preservado por fórmulas que regularizem essas atividades. Essa fórmula não pode ser aplicada com frequência e sem cuidado, pois minaria a segurança da propriedade, que é, também, de interesse geral, como condição de desenvolvimento econômico.

848 De Soto explica como, ao longo dos últimos quatro séculos, a criação de atividades à margem da legalidade, e sua posterior regularização, aconteceram na Europa[90] e, igualmente, nos Estados Unidos da América, pela ocupação de terras. Em certos países, o *Homesteading Act,* de 1862, que concedeu a proprie-dade de 160 acres de terra a seus ocupantes, era menos uma liberalidade do que a consagração de situação que se desenvolvera no território.[91] O propó-sito de De Soto é demonstrar que os países em desenvolvimento enfrentam, agora, o mesmo desafio. Sofrem pressões para garantir respeito à propriedade estabelecida, enquanto a lógica presente os empurra a atribuir a propriedade de recursos às pessoas que mais contribuem para criar valor.

849 De Soto observa, citando fonte americana, que uma lei de 1642, do Es-tado da Virgínia, permitira ao possuidor sem direito recuperasse do proprie-tário que reivindicasse a propriedade as despesas feitas com benfeitorias na propriedade. Se o proprietário recusasse fazer o reembolso, o possuidor po-deria adquirir a terra a preço determinado por um júri local.[92] Tal lei serviu

89. De Soto 2000, 86.

90. De Soto 2000, 93 ss., tratando da migração para as cidades.

91. De Soto 2000, 107-108. Anderson/Hill 2003, 126 ss., fazem leitura menos otimista dessa etapa da história americana.

92. De Soto 2000, 119.

de base para vários outros estados norte-americanos. Interessante aproximar tais soluções de formular do Código Civil em matéria de invasões menores[93] e de reembolso das despesas necessárias feitas pelo possuidor sem direito.[94]

b. Titulares múltiplos

850 Se a propriedade de titular individual é, sem dúvida, a fórmula mais co-mum, não é a única. Há numerosos casos em que um recurso escasso é ex-plorado por formas de propriedade que conferem direitos a várias pessoas ao mesmo tempo.

851 A fórmula aparece nos direitos desmembrados como a locação enfitêu-tica, ou o usufruto de uma propriedade: o enfiteuta ou o usufrutuário e o nu proprietário dividem as prerrogativas pertencentes ao proprietário, e seus direitos são complementares. A pluralidade de titulares aparece, sob forma diferente, no que os economistas denominam (*club goods*),[95] bens pertencen-tes a grupo restrito de pessoas e destinados ao uso de todos os membros. O "clube" pode ser uma sociedade civil, a associação de coproprietários, no caso de um imóvel dividido em unidades (apartamentos), outras associações com vários membros, empresas e mais outras formas.[96] O que caracteriza tais situações é que os membros, em princípio, têm os mesmos direitos sobre o bem que pertence ao grupo. A instituição cria uma forma de divisão entre os membros. Pode-se falar de copropriedade em sentido amplo.

852 É preciso não confundir essas situações de pluralidade de titulares, todos com acesso ao bem comum, com aquela de um recurso de livre acesso. No caso de livre acesso a um recurso, isso permite que qualquer pessoa o mono-polize, ou o explore como melhor lhe pareça. A fórmula é viável para recursos abundantes. Em qualquer outra hipótese – e este será o caso de quase tudo ao nosso redor que seja tangível –, arrisca-se a induzir ao esgotamento do recurso, seja pelo excesso de consumo, seja para falta de incentivo para criar ou preservar. É a tragédia dos pastos comuns (*commons)* lembrada por Garret Hardin,[97] e de que se tratou no capítulo sobre as relações entre pessoas. A tragédia resulta da tendência de cada um, agindo racionalmente, ser carona ou baluarte no caso em que a colaboração entre muitos jogadores é necessária

93. 992 C.c.Q.

94. 958 ss. C.c.Q.; na França, analisa-se essa regra como resultante de um quase contrato de enri-quecimento sem causa (1371 CCfr).

95. Buchanan 1965; Comes/Sandler 1996.

96. Rose 2002, 234, cita exemplos históricos e contemporaneos: as comunidades de pescadores na Turquia, as comunidades de criadores de gado no alto das montanhas na Suíça e no Japão, os agricultores que aproveitam os sistemas de irrigação na Espanha, a gestão de florestas na Índia e na Indonésia, a gestão dos baixios marítimos na Ingleterra.

97. Hardin 1968; e a revisão em Hardin 1998.

para garantir o bem comum. Resultado é que todas as fórmulas de pluralidade de titulares devem prever esse risco e disciplinar o acesso ao recurso. O que nos interessa é a forma exata pela qual esta restrição será imposta.

853 Em seguida, serão tratados os direitos desmembrados, o que implica o fracionamento da propriedade com direitos complementares para os interes-sados, depois da copropriedade, que confere direitos, em princípio iguais, aos beneficiários.

1. Direitos desmembrados

854 Suponha-se que o proprietário não deseje, ou não possa explorar, por si mesmo, sua propriedade. Nesses casos, poderá se entender com alguém para que o faça em seu lugar. O ponto delicado nesse entendimento é assegurar que a pessoa com quem contrate tenha suficiente interesse para melhorar a exploração, dado que os frutos de seus esforços aproveitarão ao proprietário. Há que entender que, normalmente, a pessoa com quem se contrata envida esforços para atender aos seus interesses pessoais e não aos do proprietário, o que nos leva ao problema econômico da agência.

855 Melhorar a estrutura estimuladora da pessoa a quem o proprietário re-correr, é preciso que ela possa reter toda, ou parte dos frutos resultantes da exploração, enquanto o titular mantém sua propriedade. Uma opção é a lo-
cação. A partilha dos frutos se dá pela variação do aluguel na parceria.[98] Se o proprietário tiver interesse em que o tomador construa e explore um edifício sobre a propriedade, necessário assegurar, a este, direito por período sufi-cientemente longo que lhe permita amortizar o custo da construção, uma vez que o edifício, por acessão, será do proprietário da terra. A locação deverá ser celebrada por prazo longo.

856 A fórmula da locação, válida entre partes, pode ser inadequada para garan-tir o financiamento por terceiros para a edificação (bancos). De modo geral, a pessoa que explora uma propriedade mediante entendimento com o proprie-tário corre o risco de ser despejada se este decidir vendê-la ou se, de alguma forma, for transferida a terceiro. A exploração pressupõe direitos oponíveis a terceiros. Para criar esses direitos, os sistemas civilistas desmembram a pro-priedade. Reconhecem número determinado de direitos reais desmembrados: a enfitêuse,[99] o ususfruto[100] e o direito de uso de moradia,[101] as servidões,[102] e

98. Cheung 1968; Ourliac 1969, 291, 301.

99. 1195 ss. C.c.Q.; no direito francês, a enfiteuse é regida fora do Código Civil – Código Rural 451-1 – Carbonnier 1995, nº 185, p. 329.

100. 1120 s. C.c.Q.; 578 ss. CCfr.

101. 1172 C.c.Q. (o código de Québec utiliza termo mais simples, o uso); 625 CCfr.

102. 1177 C.c.Q.; 640 ss. CCfr.

o direito de superfície.[103] Trataremos agora da questão do número determina-do de direitos desmembrados reconhecidos (doutrina do *numerus clausus),* em seguida do usufruto, principal direito desmembrado, afora as servidões, que serão estudadas depois de relações de vizinhança.

a. A doutrina do *numerus clausus*

857 A oponibilidade a terceiros põe questões importantes, vez que, em re-lação a eventuais, e fornecedores de crédito, é preciso, para sua segurança, que conheçam, efetivamente, os gravames e restrições que recaem sobre a propriedade antes de se obrigarem. Esta a primeira função que a publicidade registral visa a assegurar. Ela se concretiza pela inscrição nos registros de imóveis, que, em Québec, são mantidos no escritório de publicidade imobiliá ria.[104] Mais, além da publicidade, a informação aos terceiros é facilitada pela limitação da variedade de direitos suscetíveis de inscrição. É a doutrina do *nu-merus clausus*: os direitos reais não podem, no sistema civilista, adotar formas que não as previstas na legislação.

857a. Nota da tradutora No Brasil, a matéria está disciplinada na Lei nº 15/1973 e alterações posteriores. No Registro de Imóveis, além da matrícu-la, serão feitos a averbação da instituição de bem de família, hipotecas legais, judiciais e convencionais, contratos de locação de edifícios com cláusula de vigência para o caso de alienação da coisa locada, penhor de máquinas e equipa-mentos industriais, penhoras, arrestos e sequestro de imóveis, servidões, usu-fruto e uso de imóveis e da habitação, das rendas constituídas sobre imóveism compromissos de compra e venda e promessa de cessão de imóveis, enfiteuse, anticrese, cédulas de crédito rural, ou industrial, contratos de penhor rural, incorporações e convenções condominiais, entre outras. A lista é extensa e de-talhada, denotando o cuidado com a qualidade da informação para terceiros.

858 A restrição imposta pelo *numerus clausus* deve ser contrastada com a in-finidade de arranjos que as partes podem, entre si, acordar, mas que, em principio, não afetam terceiros.[105] Mattei considera que, frente a registros con-fiáveis, não há razão para limitar a variedade do que seja passível de inscrição no registro a título de direitos reais.[106] A maior parte das análises dedicadas

103. 1011 et 1110-1118 C.c.Q. Esse direito não é expressamente reconhecido no Código Civil fran-cês, mas resultaria da renúncia pelo proprietário do solo ao direito de acessão fundado no art. 553 CCfr. Na falta de tal renúncia, o proprietário do solo adquire a propriedade das obras ou plantações erigidas por terceiro, mas deve indenizar se aquele estiver de boa-fé, no desapossamento conforme as modalidades previstas no art. 555, al. 3 CCfr.

104. O *Code Civil du Québec* consagra o livro nono (art. 2934-3075.1) à publicidade dos direitos. No direito francês, ver as disposições do Código relativas à inscrição de privilégios e de hipotecas (art. 2146 ss.).

105. Doutrina.

106. Mattei 2000, 92.

ao *numerus clausus*[107] destaca o perigo a que ficaria exposto o terceiro, por conta de infinidade de potenciais questões, mesmo se inscritas nos registros. A racio-nalidade limitada poderia impedir que avaliassem as sutis diferenças na formu-lação dos gravames, complicando a verificação antes da compra ou da concessão de crédito, abrindo espaço para comportamentos estratégicos a suas expensas.

859 Levando em conta que os gravames reais oponíveis a terceiros são, geral-mente de longa duração, sua multiplicação criaria o risco de disfunção durável – indisponibilidade efetiva – nas configurações da propriedade: o *anti-commons* que o direito deve evitar.[108]

b. O usufruto

860 O direito real de usufruto permite ao usufrutuário "usar e gozar, durante certo tempo, de um bem pertencente a outrem, o nu proprietário, devendo conservar sua substância".[109] Os direitos de uso e de moradia (habitação) são variantes do usufruto; ajustados em caráter pessoal e que permitem colher os frutos no limite das necessidades do beneficiário e sua família.

861 As aplicações do usufruto são muitas. Pode se prestar, por exemplo, como mostrou um autor, no caso de multipropriedade ou de proteção ao meio am-biente, para organismos ambientais que não podem, nem desejam adquirir a propriedade.[110]

862 Da óptica da análise econômica do direito, o usufruto, pela separação de prerrogativas que opera, põe o problema da estrutura de incentivos para o usu-frutuário. Este tem o efetivo controle do bem, mas não a propriedade, que deve ser devolvida ao final do usufruto. Racionalmente, o usufrutuário tem interesse em explorar ao máximo o bem sobre o qual recai seu direito, que lhe permite apropriar-se dos frutos, negligenciando a preservação do capital que lhe escapa. Ao longo da história, tal forma de oportunismo manifestou-se regularmente e sob diferentes maneiras. Os códigos civis consagram a sabedoria acumulada por um conjunto de disposições que visam a conter o oportunismo.

863 A constituição do usufruto tem tempo de duração limitado, o que restrin-ge a indisponibilidade do bem. Em Québec, a duração máxima é fixada em

107. Ruden 1987; Merril Smith 2000; Hansmann Kraakman 2002.

108. Depoorter/Parisi 2003. O risco do *anti-commons* também é invocado para limitar o poder do proprietário de controlar a destinação de sua propriedade além da morte sob forma de fideicomis-sos sucessivos, instituição que foi objeto de abuso na Idade Média para congelar a propriedade por gerações. (Ourliac/de Malafosse 1968, 527; Walker 1980, vo Fideicommissum). Shavell 2004 discute a questão sob o título de "*dead hand*" (Capítulo 9, § 9). Na mesma ordem de ideias, como prevê expressamente o Código de Québec, a duração da enfiteuse (1197 C.c.Q.), a locação ordiná-ria (1880 C.c.Q.), do usufruto (1123 C.c.Q.) e a renda (2376 C.c.Q.) não pode exceder 100 anos.

109. 1120 C.c.Q.; 578 CCfr.

110. Lamontagne 2005, nº 494, p. 327.

100 anos.[111] No direito francês, resultado parecido deriva do reconhecimento da morte do usufrutuário, pessoa natural, como causa de extinção[112] e, no caso de usufruto de pessoa jurídica, o máximo de 30 anos.[113]

863a. Nota da tradutora O Código Civil Brasileiro disciplina o ususfruto nos arts. 1.390 a 1.411. O usufruto sobre imóveis deve ser objeto de regis-tro, salvo se resultante de usucapião, estendendo-se aos acessórios da coisa. O usufrutuário tem direito à posse, ao uso e à administração do bem, além da percepção dos frutos, entre eles as crias de animais. Entre os deveres do usufrutuário está a inventariança do(s) bem(ns) que receber, devendo conser-vá-los e entregá-los no estado em que os recebeu findo o usufruto (art. 1.400). São admitidas as deteriorações resultantes de uso normal do bem objeto do usufruto, não passíveis, pois, de indenização. Sobre extinção, as hipóteses são: renúncia ou morte do usufrutuário, pelo termo final, se com prazo, ex-tinção da pessoa jurídica beneficiária, ou se decorridos 30 anos da instituição do usufruto, entre outras previsões do art. 1.410 CCB.

864 O usufrutuário não pode exercer seu direito antes de inventariados os bens que recebe.[114] A precaução visa, manifestamente, a limitar a possibili-dade de desvio oportunista pelo usufrutuário. O usufrutuário deve, demais disso, fornecer garantia para assegurar a execução de suas obrigações de boa gestão e de devolução do bem ao final do usufruto.[115] Na falta de garantia, os bens objeto do usufruto podem ser retirados de seu controle.[116]

865 De modo geral, o usufrutuário pode se apropriar dos frutos naturais e ci-vis, mas não pode vender ou praticar outros atos de disposição em relação ao bem sujeito a seu direito. O usufrutuário pode dispor das coisas consumíveis, mas o potencial oportunismo fica circunscrito pela obrigação de devolver bem similar em quantidade e qualidade.[117] No que diz respeito a coisas não con-sumíveis, o usufrutuário pode dipor das que se deterioram rapidamente pelo uso, ficando, também, obrigado a devolver o valor ao final do usufruto.[118]

866 A obrigação de preservar o capital gera, por vezes, incômoda divisão de direitos. Assim, tratando-se do direito de voto ligado a uma ação, ou outro valor mobiliário, é o usufrutuário quem o exerce, exceto se o voto puder al-terar a substância do bem, como o capital social ou, se o for bem detido em

111. 1123 C.c.Q.
112. 617 CCfr.
113. 619 CCfr.
114. 600 CCfr e 1142 C.c.Q.
115. 601 CCfr; 1144-1145 CCQ.
116. 1145 C.c.Q.; 602 CCfr.
117. 1127 C.c.Q.; 587 CCfr.
118. 1128 C.c.Q.; 589 CCfr.

copropriedade, o voto cabe ao nu proprietário.[119] A locação, formalmente um contrato bilateral, na prática tem tal importância, notadamente no meio rural, que o direito de contratar, no direito francês, só é conferido ao usufrutuário mediante aprovação do nu proprietário, ou tendo efeito restrito em relação a este.[120] O direito de Québec não tem disposição formal para esses casos,[121] mas chega ao mesmo resultado ao considerar que o usufrutuário só pode praticar atos de administração e não de disposição, e que tais atos só compre-endem locações de duração inferior a três anos.[122]

867 O usufrutuário tem direito a reembolso por certas despesas efetuadas com a manuteção do bem sujeito ao usufruto, que, no seu término, aprovei-tarão ao nu proprietário. Que despesas devem ser reembolsadas? O risco é de que o nu proprietário se veja obrigado por despesas que aproveitam, na verdade e sobretudo, ao usufrutuário. Para circunscrever esse risco de opor-tunismo, o Código prevê que serão reembolsadas apenas as despesas necessá-rias.[123] O nu proprietário não terá escolha, salvo participar dos desembolsos. O usufrutuário não pode pretender o reembolso de benfeitorias ou despesas úteis ou voluptuárias; pode retirar espelhos móveis e decorações, como espe-cifica o Código francês,[124] desde que ponha a coisa no estado em que estava antes do usufruto. Estando as regras fixadas de forma clara, as partes podem, em boa lógica coasiana, convir diversamente, é o que se entende.

868 Os direitos desmembrados admitem outros, complementares, para am-bos os interessados. Os direitos devem ser detalhados para cada um, o que limita o número de participantes a ser considerado. Na copropriedade, em contraste, os participantes têm todos, em princípio, o mesmo direito sobre o bem pertencente à sua comunidade. A instituição é factível para comunidades pequenas ou grandes grupos. Esta a instituição que será, agora, estudada.

868a. Nota da tradutora Como se observa da leitura dos artigos do Có-digo Civil Brasileiro de 2002 atrás citados, a legislação pátria adota o mesmo conjunto de preceitos, indicando que a tutela da propriedade prevalece sobre os direitos reais desmembrados.

2. Copropriedade

869 A literatura econômica trouxe à luz uma série de situações em que a co-propriedade é utilizada para gerar recursos "comunitários": zonas de pesca, pastagens em áreas montanhosas elevadas, sistemas de irrigação, divisão de

119. 1134 C.c.Q.

120. 595 CCfr.

121. 1135 C.c.Q.

122. Lamontagne 1998, nº 510, p. 299.

123. 1137 C.c.Q.; 599 CCfr.

124. 599 CCfr.

águas navegáveis etc.[125] Os códigos civis preveem muitas instituições para a administração da propriedade comum: em regra a indivisão; a copropriedade de edifícios divididos em unidades; a propriedade conjunta, analisada adiante, ou ainda a comunidade resultante de convenção matrimonial.

a. Quadro teórico

870 A dificuldade da disposição da propriedade comum decorre dos riscos de livre acesso (*common)*, lembrados na exposição de Hardin.[126] Deve-se, pois, esperar que qualquer arranjo de copropriedade precisa ter normas visando à preservação do bem cuja titulação é mantida em comum, oferecendo o mais amplo acesso compatível com tal objetivo a todos.

871 Considerável a variedade de instituições desvendadas pela pesquisa na área. Com frequência, as normas de funcionamento são implicitamente fixa-das e os critérios de decisão articulados em termos de tradição ou religião. O que não impede que, nas comunidades que perduraram e nas quais podem-se observar formas de governança, os membros tenham descoberto, ao longo da história, mecanismos aptos a gerir, efetivamente, a escassez coletiva. Para tanto, é indispensável dispor de um quadro teórico que englobe todas as va-riantes. A análise econômica pode ajudar explicitando restrições de que os participantes não tenham consciência, mas que devem, na prática, respeitar, fato refletido em suas instituições.

872 De modo geral, Eggertson nota que uma forma de propriedade vale a pena se a utilidade obtida graças a ela superar a soma dos custos da exclu-sividade e governança.[127] Para que a copropriedade seja interessante para os membros, é preciso que a utilidade que disso retiram justifique os custos da exclusividade e da governança e gere rendimento líquido, para cada um, supe-rior ao que poderia esperar no caso de propriedade individual.

b. Exclusividade

873 A exclusividade pode ser prendida se, para garantir, dentro da comuni-dade, a exclusividade individual, se isto for muito custoso, levando em con-ta o rendimento obtido com o recurso, na medida em que, suportável pelo conjunto da comunidade comparado com o ambiente externo, seja acessível pelo conjunto da comunidade. Como é o caso das zonas de pesca ou da caça locais.[128] Essa configuração de custos pode evoluir no tempo em decorrência de descobertas técnicas que permitam rentabilizar melhor, ou delimitar um

125. Ver Rose 2002, 234; Ostrom 1990; Epstein 2003a, 328 (para águas navegáveis).

126. Hardin 1998. Ver nosso Capítulo sobre as interações humanas (Capítulo 2).

127. Eggertson 2003, 74 ss.

128. Ver, por exemplo, Berkes 2002.

recurso, de sorte que a atração relativa da copropriedade, em comparação com outras instituições, entre as quais a propriedade individual com sua estrutura de incentivos melhor delimitada que também pode evoluir.

874 Recente estudo que resume as pesquisas de um período de 30 anos sobre os *commons* aponta três tipos de situações que tornam interessante a escolha
da copropriedade.[129] Em primeiro lugar, há o caso em que o custo da criação ou da manutenção da propriedade individual é muito alto. Pode se tratar de custos de transação relativos à constituição inicial, mas, também, dos custos subsequentes de encerramento. Às vezes, o encerramento é proibitivo, em virtude dos vizinhos próximos, mas factível, para todo o grupo, em relação a estrangeiros. Em segundo lugar, a copropriedade pode se impor no caso de baixo rendimento do recurso. Há que presumir que os autores do tríptico visam às situações nas quais o rendimento não justifica os custos de encer-ramento – com a tecnologia conhecida – o que nos aproxima do caso ante-rior. Evocam, por derradeiro, uma terceira possibilidade, a de que as receitas obtidas com o recurso variam muito de um lugar para outro, parecendo aos interessados, nesses casos, aleatórias. Pôr em comum, nessas hipóteses, serve como garantia implícita. A divisão de ideias no plano científico teria, como ponto de partida, uma tal explicação? Nós o discutiremos no capítulo dedica-do à propriedade intelectual.

c. Governança

875 A viabilidade da copropriedade depende de, no grupo, os custos de go-vernança serem acessíveis. Muitas funções devem ser garantidas a título de governança:

– *Preservação*; o direito de uso, por cada um, do que é escasso no recurso comum deve ser fixado, e a restrição é condição essencial à preservação do recurso comum.

– *Contribuição*; cada um deve contribuir para a manutenção do recurso comum.

– *Fiscalização*; para conter o oportunismo trapaceiro, a fiscalização recípro-ca, ou outro mecanismo é importante, a fim de garantir que as cotas sejam respeitadas.

– *Sanção*; no caso de violação, é preciso punir, o que exige processo de solução de conflitos e, eventualmente, decisão e imposição de penas, chegando-se, até mesmo, à exclusão.

129. Dietz et al. 2002, 15; o livro tem resumo interessante da pesquisa teórica e sobre a área de gestão dos recursos comuns; ver também Dietz et al. 2003; Eggertson 2003, 74 ss. e Anderson/ Hill 2003, 129 ss.

– *Adesão*; é preciso que haja regras relativas à admissão de novos membros e da retirada daqueles que desejarem sair.
– *Mudança de destinação*; finalmente, é preciso que haja procedimento de decisão coletiva para o caso em que mudança de circunstâncias imponha modificação da forma de exploração do recurso comum.

876 Em todos os casos de procedimento coletivo existe o risco de *free riding;* cada um tentará impor aos demais ônus associado à sua contribuição para o funcionamento das instituições coletivas. Tratando-se de decisão coletiva, há outro risco, o do baluarte, que aumenta em função do número de membros. Se, para contornar esse risco, se recorre à decisão por maioria, é preciso evitar o oportunismo, que consiste, para o grupo majoritário, em impor custos des-proporcionais aos minoritários.

877 Pode-se prever, para grupos pequenos, que os custos de fiscalização se-jam suportáveis. Porém, o recurso comum pode exceder a empresa de um grupo local e exigir uma gestão em maior escala. Indaga-se em que medida, para satisfazer às duas restrições, custos de governança e exclusividade, ao mesmo tempo; as estruturas da gestão mediante copropriedade podem ser reunidas em mecanismos cooperativos mais amplos e hierárquicos, problema

que a pesquisa designa com o termo "*nesting*".[130] A resposta é afirmativa, en-tendendo-se que os custos de governança mudam de composição, e mesmo de natureza, para níveis superiores: a fiscalização e as decisões em nome da coletividade devem ser organizadas diversamente.

878 As regras de governança justificadas com base nas tradições podem frear a adaptação a mudanças das circunstâncias. Em geral, observação superficial pode fazê-las aparecerem como meios de cartelização, objetivo que se tentava

impedir a fim de garantir um mercado aberto.[131] O governo federal do Canadá caiu nessa armadilha no caso da pesca na costa oeste do país. A escassez não desapareceu e, pouco depois da intervenção, o esgotamento dos estoques de peixe provocou crise maior, levando o governo a decretar a moratória da pes-ca. Essa história tem moral trágica, a saber, sem compreender as instituições existentes, aboli-las e garantir que as que novas, que são criadas em substitui-ção, não necessariamente sejam aptas para cumprir suas funções essenciais.

d. A copropriedade no Código Civil

879 A análise geral da copropriedade põe em evidência um conjunto de ca-racterísticas essenciais para a viabilidade dessa instituição. Deve-se apon-tar o efeito, entre outros, nas disposições que regem a copropriedade em

130. Dietz 2003; Dietz 2002, 15; Rose 2002, 238-239, remetendo a Ostrom 1990 e 1992.

131. Yandle 1998, 45, remetendo a Ostrom 1990, 177; Berkes 2002.

apartamentos, assim como em matéria de sociedades comerciais, como vere-mos no capítulo dedicado a esse tema.

880 A copropriedade indivisa é objeto de regulamentação detalhada no Có-digo Civil.[132] Reconhece que cada proprietário tem direito de utilizar, com reserva do direito dos outros e da conservação, o bem comum.[133] Estabelece a obrigação de contribuição de todos para as despesas de manutenção,[134] as-sociada a um direito de reembolso das despesas necessárias para os que as tenham suportado.[135] Por derradeiro, prevê a faculdade de cada um requerer a divisão.[136]

880a. Nota da tradutora O Código Civil explica que bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração da substância, divisão considerável de valor ou prejuízo ao uso a que se destina (art. 87). No artigo subsequen-te, prevê-se que tais bens podem tornar-se indivisíveis por disposição legal ou decisão das partes (leia-se titulares). Quanto a bens coletivos, à falta de definição no Código Civil de 2002, há que extraí-la, por via interpretativa, do art. 89, que dispõe serem sigulares os bens que, embora reunidos, sejam con-siderados independentes dos demais. Portanto, bens coletivos serão aqueles cuja reunião, voluntária ou legal, leva a que não possam ser tratados de forma independente uns dos outros (ou entre si), ainda que pertencentes a mais de um titular. Nem mesmo a definição de universalidade de fato permite definir bem coletivo, pois não prevê múltipla titularidade sob o conjunto (art. 90), assim como as regras relativas a bens reciprocamente considerados, classifi-cados como principal e acessório.

881 A mais importante forma de copropriedade, atualmente, é a de aparta-mentos.[137] É, também, objeto de detalhada regulamentação. Nessa forma de copropriedade cada lote ou cota parte é composto de uma parte privativa cor-respondente ao apartamento e uma participação nas áreas comuns, como as passagens e corredores, áreas de serviço comuns cuja indivisão é preservada. O lote ou cota parte é transferível individualmente. Os espaços privados e comuns, assim como o uso e a administração desses espaços comuns são regidos por regras da copropriedade[138] ou, em Québec, pela declaração de copropriedade.[139]

132. 1012-1037 C.c.Q.; 815-842 CCfr.
133. 1016 CCQ; 815-9 CCfr; 815-2 CCfr para a conservação.
134. 1019-1020 C.c.Q.; 815-13 CCfr.
135. 1020 C.c.Q.; 815-3 CCfr.
136. 1030 ss. C.c.Q.; 815 CCfr.
137. 1038-1109 C.c.Q.; Lei nº 65-557, de 10 de julho de 1965, na França.
138. Art. 8, Lei de 10 de julho de 1965.
139. 1038 e 1052 ss. C.c.Q.

881a. Nota da tradutora No que tange a condomínio edilício (voluntá-rios), a revogada Lei nº 4.591/1964, no art. 1º, os definia como edificações, ou conjunto de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre destinadas a fins residenciais ou não, em que cada unidade tem designação especial para fins de identificação e discriminação, cabendo-lhe, como parte inseparável, fração ideal do terreno e coisas comuns. As cotas (fração atribuída a cada unidade) serão previstas em convenção con-dominial que disporá, ainda, sobre a administração do condomínio.

A disciplina desse condomínio no CCB especifica, no art. 1.331, as partes comuns, portanto indivisíveis, entre as quais solo, estrutura, telhado, rede de distribuição de água, coleta de esgoto e acesso a logradouro, entre outros. O legislador se ocupou, ainda, dos direitos dos condôminos (art. 1.335) e seus deveres (art. 1.336), preservando a regra quanto à inseparabilidade das partes comuns e seus acessórios (art. 1.339). No que diz respeito à governança, a lei prevê quórum qualificado, se volutária, e maioria, se útil. Quanto às necessá-rias, são de "execução obrigatória", prevendo-se autorização da assembleia se as despesas forem excessivas.

882 Convém dar atenção às regras relativas às decisões coletivas, que devem evitar a indecisão (impasse) que poderia resultar da generalização da una-nimidade, impedidno que a maioria imponha, de maneira oportunista, sua vontade aos minoritários. No direito francês, as decisões ordinárias, na as-sembleia de coproprietários, são tomadas pela maioria de votos.[140] Algumas decisões, notadamente as relativas a trabalhos importantes, exigem maioria qualificada dos coproprietários.[141] Outras relativas à aquisição imobiliária ou à modificação do regimento exigem maioria de 2/3 de votos.[142] A unanimi-dade é necessária para a alienação das partes comuns cuja conservação seja necessária no que diz respeito à destinação do imóvel.[143] Em nenhum caso a assembleia pode impor a um coproprietário modificação da destinação de sua parte privada ou das modalidades de gozo, previstas no regimento.[144] O direito de Québec tem uma escala comparável aos artigos 1.096 a 1.101, sen-do a maioria mais importante a de ¾, representando 90% dos votos de todos os coproprietários. As maiorias qualificadas não podem ser modificadas por convenção.[145] O conjunto da escala mostra que as precauções aumentam em função da gravidade das consequências de uma decisão ruim que possa ser

140. Art. 25, Lei de 10 de julho de 1965.

141. Art. 26, Lei de 10 de julho de 1965.

142. Art. 26, 1ª al., Lei de 10 de julho de 1965.

143. Art. 26, 3ª al., Lei de 10 de julho de 1965.

144. Art. 26, 2ª al., Lei de 10 de julho de 1965.

145. 1101 C.c.Q.

evitada. Tudo se dá como se se buscasse minimizar o custo das decisões e das perdas causadas por decisões ruins.

883 Depois do objeto, e do titular, passa-se ao estudo do terceiro aspecto, o da implementação da propriedade, ou seja, a mudança de titularidade da pro-priedade por aquisição e perda.

3. AQUISIÇÃO E TRANSMISSÃO

884 A aquisição da propriedade, objeto do livro terceiro do Código Civil fran-cês, se dá por duas principais formas. Pode-se adquirir a propriedade de um bem que não tenha dono (modo de aquisição dito "originário")[146] (B) ou obtê--lo por transmissão de outra pessoa que já é seu proprietário (aquisição dita "derivada") (C). Essas formas de aquisição e transmissão não se aplicam aos bens que o direito considera fora do comércio, questão que será tratada em primeiro lugar (A).

***a.** As coisas fora do comércio*

885 A transmissibilidade, terceira característica da propriedade, põe deter-minados bens no comércio; é o fundamento dos mercados. Alguns bens são excluídos do mercado. Em direito, são qualificados como bens ou coisas fora do comércio,[147] intransmissíveis, não passíveis de cessão,[148] não transferíveis, indisponíveis ou inalienáveis.[149]

886 A questão está em saber por que certos bens são retirados do mercado considerando que mercados tendem a permitir a evolução do uso dos bens para aqueles usos mais valorizados. O tema foi abordado por Calabresi e Melamed, em 1972, em artigo clássico.[150] Reuniram as razões que embasam a inalienabilidade em três categorias, denominadas controle das externalidades e outros efeitos perversos, "autopaternalismo" e paternalismo puro.

887 A primeira fonte de inalienabilidade, o controle de externalidades, consi-dera que a disponibilidade de certos bens estimularia perversidades impostas a terceiros e das quais os autores – por várias razões – não sentiriam o peso.

146. Terminologia copiada de Zénati 1988, nº 120, p. 136; Lamontagne 2005, nº 209, p. 158.

147. Por ex. 2876 C.c.Q.: O que está fora do comércio, inacessível ou não suscetível de apropria-ção, por natureza ou por afetação, é imprescritível. O Código Civil francês emprega o termo *fora do comércio* (*hors du commerce*), entre outros, os arts. 1302 e 1303.

148. Por ex., 3 C.c.Q.: Toda pesoa é titular de direitos de personalidade, tais o direito à vida, à inviolabilidade e à integridade de sua pessoa, ao respeito de seu nome, de sua reputação e de sua vida privada. Esses direitos não são cessíveis.

149. Calabresi/Melamed 1972; Rose-Ackerman 1985 e 1987.

150. Calabresi/Melamed 1972.

Declarando inalienáveis, fora do comércio, os bens cuja comercialização seria fonte de perversidades, de supor a existência de controle, indireto do abuso. A inalienabilidade de votos nas eleições públicas poderia servir para evitar que grupos de interesse não tenham grande papel nas organizações do Esta-do. Igualmente, são declaradas nulas as doações às vésperas da falência: elas se prestariam, facilmente, a abusos à custa da massa de credores. O controle da venda de armas de fogo visa, provavelmente, a reduzir a criminalidade de que terceiros seriam as vítimas. O mesmo se dá com a possibilidade de publi-car, e vender, receitas para a fabriação da bomba atômica.

888 Foi considerado nulo o contrato mediante o qual uma mulher ofereceu serviços de mãe substituta por entender-se contrário à ordem pública, porque "trivializa as relações entre criança e mãe, visto que a continuidade de tal re-
lação seria voluntária e deliberadamente quebrada"[151] e, mais, "[a técnica das mães substitutas] trata a criança não como real ser humano, mas sim como coisa, um objeto, mercadoria. [Ela] impõe à criança, porque reificada, riscos
inaceitáveis no plano moral, jurídico, social e psicológico".[152] Pelas mesmas ra-zões, sem dúvida, é proibido transferir o direito de criar uma criança.[153] A mera observação de tais práticas em grande escala permite saber se as crenças são fundamentadas.

889 O debate sobre a inalienabilidade em virtude da perversidade foi amplia-do nos escritos da jurista norte-americana Radin, no que denomina a *como-dificação.* O termo, para ela, significa uma concepção de mundo em que tudo o que importa para o ser humano é, em princípio, submetido à troca e ao mercado, e, como consequência, sujeito à avaliação em moeda, que seria o de-nominador comum de tudo. Vê nisso uma fonte de impotência, um atentado
à nossa liberdade e à nossa dignidade humana.[154] Para preservar tais valores, preconiza que certos bens fiquem ao abrigo da *comodificação,* ou, então, sejam estreitamente controlados. Esse deveria ser, por exemplo, a seus olhos, o caso dos imóveis residenciais.[155]

890 O jurista inglês Duxbury, autor de importante histórico da análise eco-
nômica do direito, foi um dos que replicou.[156] Duxbury reconhece o proble-ma concernente aos limites do pensamento em termos de mercado (*market reasoning*).[157] Podemos, quase sempre, em geral e em mais frequência do que

151. Baudouin/Labrusse-Riou 1987, 111.

152. Baudouin/Labrusse-Riou 1987, 112-113.

153. Voir à ce sujet, Landes/Posner 1978; Radin 1995; Duxbury 1996, p. 342 ss.

154. Radin 1987, 1993, 1996, 2005.

155. Radin 1986.

156. Duxbury 1995, c. 5, p. 301-419.

157. Duxbury 1995, 660.

se pensava há um século, como a análise econômica do direito demonstrou, modelar um arranjo que se assemelhasse a um mercado. A questão é, pois, determinar se os argumentos aos quais isso nos conduz são realistas ou, ao contrário, constituem empobrecida caricatura da humanidade. Diante do de-safio, sustenta Duxbury, não se deve presumir, com rapidez, que tenhamos chegado aos limites do que convém tratar em termos de mercado. Pode-se desejar proteger os locatários por meio de um regime de controle dos alu guéis com restrições ao poder de retomada do imóvel conferido aos locadores, mas os efeitos conhecidos desse regime se voltam – veja só! – contra aqueles que se desejava proteger: menos imóveis residenciais, menos mobilidade de locatários, envelhecimento do conjunto dos imóveis.[158] Da mesma forma, a proteção do meio ambiente, que é mais bem garantida por iniciativas visando a reduzir a poluição baseadas em incentivos relevantes segundo a lógica dos mercados (direitos de propriedade) do que pela regulação clássica.[159]

891 Determinar o que se enquadra, propriamente, em mercados e o que deve ficar separado é objeto de aprendizado. Normalmente, aceita-se que certos serviços sejam "comodificados" (cuidados com crianças e idosos), que há meio século não seriam considerados adequados para tanto.[160] Isso nos ensina que os custos envolvidos na comodificação podem, conforme a experiência, mostrar-se suportáveis ou até negligenciáveis. É preciso, então, estar aberto
à experimentação mais do que abordar as questões apenas da perspectiva

158. Ver, por exemplo, Desrochers 2002; Lamy 2004 oferece um livro de receitas para os locatários comprometidos na guerra de trincheiras que resulta do controle do aluguel.

159. Duxbury 1995, 699; recente visão rápida do debate sobre a comodificação é encontrada em Rose 2005.

160. Duxbury 1995, 700: "*Certainly, such [market] reasoning has limitations – indeed, given that the legal, ethical and political issues with which academic lawyers grapple are so complex and diverse, it is inevitable that economic analysis will often have to be supplemented or even displaced by other evaluative tools. But this in itself is no reason to be dismissive or fearful of market reasoning. While commodification may some-times seem an inappropriate form of valuation, it is important that we consider in each instance whether the benefits of engaging in this form of valuation might outweigh the apparent costs. The fact that the market seems perpetually to expand--that we now routinely commodify things (such as child care and support for the elderly) which once would have been considered unsuited to the market domain – suggests that these costs often turn out to be bearable if not immaterial. Creeping commodification, quite simply, is not necessarily insidious commodification*." "Certamente, tal raciocínio (mercado) tem limitações – sem dúvida, dado que os temas jurídico, ético e político com os quais os advogados acadêmicos pugnam são tão complexos e diversos, é inevitável que a análise econômica venha a ser suplementada ou mesmo deslocada por outras ferramentas de avaliação. Mas isso, por si, não é motivo para abandonar ou temer o raciocí-nio de mercado. Enquanto a comodificação possa, por vezes, ser vista como forma não adequada de avaliação, é importante considerar em cada instância se o benefício de adotar tal forma de avaliação supera os custos aparentes. O fato de que o mercado pareça expandir-se continuadamente – e que agora seja rotina a comodificação de coisas (como o cuidado com a criança e ajuda aos idosos) que antes seriam considerados inadequados para o campo do mercado – sugere que esses custos podem se tornar suportáveis ou até imateriais. A comodificação nem sempre é insidiosa."

dogmática. O argumento segundo o qual a comodificação degrada os objetos aos quais seja aplicada não resiste à análise.[161]

892 O "autopaternalismo", a segunda razão apresentada por Calabresi e Me-lamed para declarar um direito inalienável, promana do cuidado, imputável ao titular, de se precaver contra seus futuros momentos de fraqueza. Cada um desejará impedir a possibilidade de, em tais momentos, celebrar contratos que em seguida lamentará. A história de Ulisses ilustra o fenômeno. Ao se fa-zer acorrentar ao mastro, com ordem aos companheiros de não libertá-lo sob nenhum pretexto, Ulisses se impediu, durante a passagem pela região em que encontravam as sereias, de ceder à atração do seu canto, que desejava ouvir. Os casos extremos são "as trocas por desespero", quase sempre lamentadas. É, sem dúvida, assim que se deve explicar a proibição de se vender como es-cravo, ou ainda, de vender órgãos insubstituíveis.[162]

893 Contudo, a inalienabilidade não deve ser considerada imutável. Para explorar a possibilidade de tornar alienável o que não o era anteriormente, admitiremos uma transferência limitada. Assim, o Código Civil de Québec, permite a transmissão de órgãos, mas apenas por doação. No caso de meno-
res, exigem-se as autorizações do titular do pátrio poder e do tribunal.[163] A gratuidade importa e deve, sem dúvida, ser explicada pela consideração que o apelo ao ganho financeiro tenderia a fazer recair sobre os interessados nas decisões que, em seguida, lamentariam. O direito francês faz uma reserva ainda maior. Declara o corpo, seus elementos e seus produtos insucetíveis de
direito patrimonial.[164] Impõe, também, a gratuidade para a transmissão[165] e prevê, ainda, que a doação de órgão por uma pessoa viva deve ser objeto de
consentimento reforçado (manifestado perante magistrado),[166] e que o recep-tor seja parente próximo.[167]

894 As precauções visam a reduzir o risco de arrependimento. Convém, en-tretanto, não se apoiar nessa ideia. A experiência adquirida graças à transfe-ribilidade controlada pode nos dar informações sobre os riscos, permitindo balizá-los melhor, eventualmente simplificar as formalidades e estender as possibilidades de transferência. Tais mudanças de abordagem aproximariam o direito sobre o órgão, da forma clássica de propriedade. A alienabilidade,

161. Duxbury 1996, 348.

162. Posner 2003, p. 80, nº 8.

163. Arts. 19 e 25 C.c.Q.

164. Arts. 16-1 e 16-5 CCfr.

165. Arts. 16-1 CCfr. e 1211-4 Code de la santé publique.

166. Art. 1231-1, 3ª al. Code de la santé publique.

167. Art. L1231-1, 1ª al. Code de la santé publique.

em outras palavras, admite gradações e pode evoluir no tempo, conforme a experiência adquirida.

895 A terceira justificativa para a inalienabilidade, o paternalismo puro, en-globa casos em que a autoridade pública, apoiada em opiniões de "espertos", peritos, considera estar em posição melhor do que o interessado para julgar o que é de interesse deste, ou, mais comumente, o que lhe é contrário. O paternalismo explica as restrições impostas aos mineiros e, segundo alguns, aquelas impostas aos consumidores. É, também, pelo paternalismo puro que se veda ou se restringe o acesso à pornografia por adultos e, na Arábia Saudi-ta, às mulheres a possibilidade de dirigirem veículos automotores.

896 A fronteira entre o "autopaternalismo" e o paternalismo puro não é fácil de traçar. Sustenta-se, por exemplo, a restrição ou a proibição da técnica da mãe substituta em razão do risco de uma "troca por desespero" "na medida em que se ajusta remuneração, que se vê como sério perigo de exploração comercial de mulheres desfavorecidas. A analogia com a prostituição é evi-dente por razões econômicas".[168] Paternalismo puro ou precaução desejada pelos interessados contra seus momentos de fraqueza? A proibição de álcool e drogas poderia resultar de três posições: os alcoólatras e drogados podem causar acidentes, cometer crimes (externalidades); certos deles podem querer se precaver contra sua própria tentação (autopaternalismo); há pessoas para as quais o uso de álcool e droga é mau em si (paternalismo puro).

897 As três fontes de inalienabilidade não têm o mesmo *status* no plano mo-ral. O paternalismo puro é um atentado à autonomia individual que ainda permanece entre os valores fundamentais das sociedades ocidentais. É preci-so crer que enseja fenômenos como a evasão, visto que os interessados não creem nele. Os ensinamentos da escola da *public choice* levam, ainda, a acredi-tar que as normas paternalistas sejam fruto de grupos bem estruturados que conseguem fazer adotar leis que codificam suas preferências morais em face de uma oposição difusa e não estruturada. O "autopaternalismo", em con-traste, é mais a expressão da autonomia individual. Quanto às perversidades e externalidades, convém indagar, em cada caso, se a inalienabilidade permite contê-las. É questão "empírica" à qual as ciências sociais podem, por vezes, oferecer resposta. Na falta de uma resposta "empírica", convém escrutinar, com atenção, as perversidades invocadas, mesmo que intuitivamente plausí-veis, pois poderiam justificar as intervenções e servir, de fato, como cobertura ao paternalismo puro.

898 A mera declaração de que um bem está "fora do comércio" não impede a formação de um mercado: mercado cinza ou negro, sem dúvida, mas viável des-de que haja controle (exclusividade) sobre o bem. Esse mercado será especial, mas, de regra, duradouro como os norte-americanos aprenderam no tempo da

168. Baudouin/Labrusse-Riou 1987, 113.

proibição ao comércio de bebidas alcoólicas. As severas sanções penais visando a suprimir o mercado na verdade acabaram por preservá-lo para os empresários dispostos a aceitarem os altos riscos. Daí resultaram o aumento dos preços (com lucros que parecem gigantescos) e a redução do número de fornecedores e, portanto, da qualidade e da variedade de produtos fornecidos, que eram fa-bricados para serem os que mais viciassem. Esse mercado nada tem de igualitá-rio. Constata-se, o mesmo, na atualidade, no mercado de drogas. Diante de tal perspectiva, convém indagar se não conviria modelar um mercado legal.

899 Uma das divisões fundamentais do direito privado é a que separa o patrimonial do extra ou não patrimonial. Para fazer tal distinção, a doutri-na considera que o direito patrimonial é avaliável em moeda, enquanto o extrapatrimonial não é suscetível de tal avaliação. Convém, entretanto, inda-gar se a possibilidade de avaliação em dinheiro constitui característica opera-cional. Para qualquer coisa transmissível, mesmo com dificuldade, aparecerá um mercado e, portanto, um preço. Admitindo-se, por exemplo, a renúncia
a um direito patrimonial (como no caso do Canadá, o direito moral do au-tor), veremos, ao final de certo tempo, aparecerem preços variados para o bem conforme o titular tenha renunciado ao direito, ou não. A dificuldade de avaliar, em moeda, um direito extrapatrimonial significa que não há preço de mercado para tal direito. Mas isso é consequência direta de ser indisponível, intransmissível, não cessível, estar fora do comércio. São essas razões subja-centes que levam à reflexão sobre a natureza patrimonial ou extrapatrimonial de um direito. Aqui é que assentam as verdadeiras questões morais.

b. *Aquisição originária*

900 Todos os modos de aquisição originária devem ser desenvolvidos de for-ma a assegurar que a propriedade, por esse modo adquirida, não conflite com
a propriedade já estabelecida. O proprietário que perdeu seu bem, ou que foi dele subtraído deve, em princípio, poder reivindicá-lo onde o encontre. A segurança da propriedade – aspecto da exclusividade apresentado no início do capítulo – tem este preço. Na literatura filosófica, o princípio é conhecido como a *compossibilidade de direitos*:[169] é preciso que todos os direitos válidos possam ser exercidos simultaneamente.

901 Resulta, desse princípio, que certos objetos venham a ser excluídos do modo de aquisição originária: bens que já pertencem a alguém e as coisas destinadas ao uso de todos (*res communes).*[170] Isso deixa como bens sujeitos à apropriação, essencialmente, as coisas sem dono (*res nullius* – assim os animais

169. Barnett 1991, 160: *"[...] the requirement of compossibility requires it be possible for all valid rights to be exercised simultaneously"*. "A compossibilidade exige, para todos os direitos válidos, que seja possível possam ser exercidos simultaneamente."

170. Lamontagne 2005, nos 21-24, p. 19-20. Ver a terminologia do direito romano em Anexo.

selvagens em liberdade), as coisas abandonadas pelo proprietário (*res derelic-tae*), e as coisas móveis perdidas cujo proprietário não pode ser identificado, aí incluídos os tesouros. Trata-se, sempre, de bens móveis, porque os imóveis sem proprietário pertencem ao Estado.[171]

1. A ocupação

902 Tornamo-nos proprietários de um bem que não tenha titular pela ocupa-ção, quer dizer, ao dele tomarmos posse. O termo *ocupação* não é definido no Código, mas a doutrina o associa a condições de posse material (*corpus)* com a intenção de tornar-se proprietário (*animus*).[172] Pela leitura econômica, a posse material constitui claro sinal para terceiros (informação) e impede que outras pessoas, simultaneamente, pretendam a propriedade do objeto.

2. O tesouro

903 O tesouro merece análise específica. Os códigos dedicam-lhe regras pró-prias.[173] Entende-se por tesouro o bem móvel enterrado ou escondido, des-coberto por sorte e sobre o qual a pessoa não pode justificar a propriedade (caso contrário, tratar-se-ia de bem perdido ou abandonado, sujeito à reivin-dicação). Pode tratar-se de economias escondidas para fins de salvaguarda em período em que o sistema bancário e a bolsa eram menos desenvolvidos ou inspiravam menos confiança, o qual, em seguida, foi esquecido. Econo-micamente, o tesouro é subtraído do mercado e, por isso, provavelmente su-bavaliado. Portanto, há, em princípio, um ganho a realizar inserindo-o no mercado. Interessante questão é saber como desenvolver os incentivos para assegurar a entrada em circulação dos tesouros da forma mais rápida.

904 Quando o proprietário descobre o tesouro na sua propriedade, a proprie-dade lhe pertence – isto que lhe confere interesse em pô-lo em circulação. Mais complexo é o caso em que alguém – o inventor – descobre o tesouro na propriedade de outrem e sobre a qual se encontra legitimamente. Agora é preciso interessar tanto o inventor quanto o proprietário na entrada em circulação, o que o Código tenta fazer pela regra que dá a cada um a metade do tesouro. Se o inventor ingressou ilicitamente na propriedade, sem consen-timento do proprietário, não tem direito à sua parte.[174] A regra visa a desen-corajar a violação da propriedade por invasão ou intrusão. Zénati nota que a regra que atribui, nessas circunstâncias, a totalidade do tesouro ao proprie-tário do terreno (ao aplicar o princípio da acessão imobiliária) parece injusta,

171. 539 CCfr; 936 C.c.Q.

172. Carbonnier 2000, nº 241, p. 375; Lamontagne 2005, nº 13, p. 10.

173. 716 CCfr (que dá definição); 938 C.c.Q.

174. Carbonnier 2000, nº 242, p. 377. Sobre a economia do tesouro descoberto nos sistemas civi-listas em geral, ver Mattei 2000, 129-130.

sendo o artigo 716 do Código Civil francês modificado no sentido adiante in-dicado.[175] Tem-se, aqui, bom exemplo da coincidência do sentido intuitivo de justiça do jurista com as conclusões extraídas da análise econômica do direito. O ganho é, pela análise econômica do direito, a explicação das considerações que podem sustentar o julgamento intuitivo.

905 O que ocorre quando a descoberta do tesouro é feita por pessas que agem por conta do proprietário? O Código Civil de Québec prevê tal hipótese ex-pressamente. Se o proprietário empregou pessoas para essa pesquisa, é ele que deverá ter a propriedade como recompensa por sua iniciativa de procurar o tesouro; as pessoas empregadas nos trabalhos não têm direito além da remu-neração ajustada (que pode, claro, ser porcentual do tesouro encontrado). Se os trabalhos tiverem tido outro escopo previsto pelo proprietário, então a des-coberta não terá sido feita por sua conta. Convém, agora, aplicar a regra que prevê a divisão dos ganhos. As regras do Código parecem formuladas visando a otimizar os incentivos para a descoberta de tesouros e pô-los em circulação.

3. A acessão

906 Acessão é modo de aquisição mediante o qual o proprietário de um bem, qualificado de principal, tem também a propriedade das coisas acessórias que o integram. A regra foi, sem dúvida, concebida para simplificar o problema de determinar quem seria proprietário do que parece ser um só objeto integrado. Nada obstante, isso pode criar dificuldades no caso de as coisas acessórias serem propriedade de outrem. Como no caso do tesouro, as regras do Código parecem ter sido formuladas como se se pretendesse dar incentivos mais jus-tos às partes envolvidas nesses problemas.

907 O código distingue entre bens imóveis ou móveis. No caso de imóveis fazendo o proprietário edificações, plantações ou obras com materiais perten-centes a outrem, deve pagar por seu valor,[176] mas o proprietário dos materiais não pode retirá-los, nem, diz o Código de Québec, pode ser constrangido a retomá-los. A primeira regra está fundada na ideia de que os trabalhos em-preendidos pelo proprietário, normalmente, visam a aumentar o valor da pro-priedade, sendo melhor incorporá-los do que deixar de fazê-lo, deixar sem incorporação. A proibição ao proprietário dos materiais de requerer sua re-moção tem como suporte o fato de que regra contrária permitiria compor-tamentos oportunistas (excesso de reclamações para evitar a demolição). Inversamente, e para evitar o risco moral do proprietário da terra, impõe-se-lhe a obrigação de pagar o valor dos materiais, avaliados no momento do pagamento, na França, e da incorporação no Québec. O risco de flutuação do preço dos materiais recai sobre o proprietário do terreno, na França e ao

175. Zénati 1988, nº 26, p. 41.

176. 554 CCfr; 956 C.c.Q. Ver Bouckaert/De Geest 1995, 467.

dos materiais em Québec. A última parte da regra, que libera o proprietá-rio dos materiais da obrigação de retomá-los, impõe ao proprietário da área o risco de que os materiais empregados se tornem mais caros do que havia pre-visto. Desencoraja a ação oportunista em face do proprietário dos materiais, evitando que venha retomá-los.

908 A situação se complica no caso de construções, plantações ou obras feitas por terceiro com materiais de sua propriedade.[177] Isso pode ocorrer quando uma pessoa toma posse de um imóvel pensando ser proprietária, confiando em título que se mostra, ao depois, viciado. A doutrina jurídica aplica, nesse caso, a teoria da imprevisão, particularizando a teoria do enriquecimento sem causa.[178] O Código Civil de Québec tem regras detalhadas para os imprevistos que parecem corresponder ao direito menos codificado em vigor na França.[179]

909 As despesas imprevistas e necessárias para a preservação do imóvel são in-tegralmente reembolsáveis, ainda que as construções, obras ou plantações não mais existam.[180] O proprietário também as teria executado e, convém a ele, que o possuidor, mesmo de má-fé, tenha interesse em realizá-las sem hesitação.

910 Quanto às despesas úteis, o proprietário deve reembolsar o custo das construções, obras ou plantações ainda existentes, mas pode optar por pagar apenas o valor agregado. Se o possuidor estiver da má-fé, o proprietário pode reembolsá-lo, seguindo as mesmas modalidades, ou, ainda, requerer que as retire, arcando com os custos, repondo o local no estado anterior, ou, se a remoção for impossível, poderá mantê-las sem indenizar ou, apesar de tudo, requerer que o possuidor as remova arcando com os custos.[181]

911 Se as despesas úteis representarem proporção relevante do valor do imó-vel, o proprietário pode impor que o possuidor adquira o imóvel e lhe pa-gue. O código não precisa qual o valor, salvo abstração feita pelo acréscimo referente às despesas úteis. Essa precisão parece, porém, impossível, caso contrário, o proprietário do terreno teria direito ao aumento do valor do bem independentemente de sua própria ação, o que constituiria incentivo perver-so. Antes de iniciar grandes obras de benfeitorias em um imóvel, impõe-se fazer a verificação da validade do título de propriedade.

912 Quanto à terceira categoria de despesas, as voluptuárias, o possuidor de boa-fé pode removê-las, se possível sem danificar o imóvel, ou abandoná-las mediante reembolso pelo proprietário da metade dos custos e da mais-valia do imóvel.[182] O proprietário pode impor ao possuidor de má-fé a execução de

177. 555 CCfr.

178. Zénati 1988 nº 173, p. 193; Carbonnier 2000, nº 209, p. 327.

179. 957-963 C.c.Q.; 555 CCfr.

180. 958 C.c.Q.

181. 959 C.c.Q.

182. 961 C.c.Q.

obras de reposição do imóvel no estado anterior e, se isto for impossível, pode conservá-las sem indenização, ou impor que o possuidor as remova à sua custa.[183]

913 De modo geral, essas regras parecem refletir a economia subjacente: vi-sam a estabelecer equilíbrio entre o potencial oportunismo do proprietário, que se aproveitaria dos trabalhos sem pagar o preço, ainda que a execução fosse necessária e, em relação ao possuidor, que assumiria despesas que o proprietário não desejaria fazer e que, não necessariamente, aproveitaria. As regras levam em conta a subjetividade de valores, ao permitir que o proprie-tário, com frequência, conserve as benfeitorias se isto for de seu interesse, porém mediante reembolso.

914 O que se deve, nesse contexto, entender como boa-fé (do possuidor)? O possuidor age de boa-fé se baseado em título que lhe confira a propriedade e do qual desconhece qualquer vício, tendo adotado os cuidados necessários quanto a verificações apropriadas. O que é apropriado depende, na leitura econômica, do risco que isso permite descartar. O risco é constituído pelo produto da probabilidade de que o título seja defeituoso e do prejuízo que venha a experimentar (reembolso a ser feito, perdas etc.), conforme o caso. A pessoa normalmente prudente toma todas as precauções cujo custo seja me-nor do que a redução do risco que pode experimentar. Pela leitura econômica, considerar-se-ia de má-fé a pessoa que não se pautou pela prudência adotando as precauções justificáveis. Claro, a pessoa que sabe não ter título de propriedade válido (como o locatário ou usufrutuário, por exemplo) estará de má-fé.

915 Em relação aos móveis, as regras do Código Civil permitem aplicar lógica análoga.[184] Se os bens pertencentes a proprietários foram misturados ou uni-dos de forma tal que não possam ser separados sem deterioração ou custos elevados, o novo objeto pertence àquele dos proprietários que mais tenha contribuído para o valor do bem ou com seu trabalho. Tratando-se de mistura ou união de materiais, aquele de maior valor, considerado “coisa principal”, atrai a propriedade das outras pelo princípio da acessão. O proprietário do novo bem deve indenizar o outro, ou os outros proprietários pelo valor da matéria ou mão de obra que tiverem contribuído. De modo análogo, aquele que trabalha em algo pertencente a outrem torna-se proprietário se o valor de sua contribuição, em trabalho ou pela transformação, for superior ao do material empregado.[185] Se as coisas unidas forem de valor igual e não puderem ser separadas sem perdas, os proprietários terão a propriedade indivisa na pro-porção do valor, da qualidade ou da quantidade dos materiais empregados.[186]

183. 962 C.c.Q.
184. 565-577 CCfr; 971-975 C.c.Q.
185. 972 C.c.Q.; 571 CCfr.
186. 573 (2) CCfr; 973 (2) C.c.Q.

916 Essas regras se conformam com o princípio de atribuição da propriedade àquele que mais contribui para a valorização do objeto.[187] Tal reconciliação tem interesse diante de disposições do Código para casos não especificamente previstos, que devem ser resolvidos segundo os princípios de equidade.[188] A análise econômica do direito indica o conteúdo de tais princípios.

c. Aquisição derivada

1. Transferência

917 A transferência da propriedade é uma das opções que tem o proprietário para sua utilização. Contribui para que os bens circulem para os usos mais valorizados. O direito enquadra a transferência para garantir o preenchimento de três condições: (1) o proprietário tem título válido que autoriza a transfe-rência; (2) pretende, efetivamente, transferir a propriedade; (3) os terceiros recebem indicações confiáveis sobre a transferência efetuada, de sorte que sabem quem é proprietário.[189] Na falta de tutela jurídica, cocontratantes e ter-ceiros teriam de adotar precauções custosas (verificações) para evitar expor-se a perdas ou a comportamentos oportunistas. As normas jurídicas refletem a ideia de que as precauções, incorporadas ao direito, serão menos onerosas do que as verificações efetuadas pelos particulares se aquelas não existissem.

918 Quanto à primeira condição, os registros para os imóveis e outros bens – como aeronaves, navios, automóveis – a ele sujeitos, permitem verificar a existência de título válido. Para os móveis não sujeitos a registro, o direito submete a situação à regra segundo a qual a posse equivale a título.[190] A segunda condição, o consentimento, decorre em parte do direito das obriga-ções. Para o restante, certos direitos civilistas exigem ato suplementar para a transferência da propriedade: a entrega do bem, ou ato notarial para o imóvel. Os sistemas que não requerem a entrega do bem para sua transferência, em caso de dúvida sobre a titularidade, conferem o melhor direito àquele dos cocontratantes que tinha a primeira posse. A formalidade suplementar leva a pensar em quem transfere a coisa e a valorizar seu consentimento. Quanto a terceiros, o direito oferece sistemas de sinais que lhes permitam, com boa precisão, identificar o titular do bem.[191] A transferência do imóvel não produz efeitos em relação a terceiros senão pela inscrição no registro de imóveis. Os erros de inscrição – em geral raros – podem ficar por conta da pessoa que neles confiou ou ser objeto de seguro que indenize o antigo proprietário,

187. Ver discussão abaixo sobre o titular da propriedade.

188. 565 (1) CCfr; 975 C.c.Q.

189. Mattei 2000, 100.

190. 2279 (1) CCfr.

191. Baird/Jackson 1984.

transferindo o título a quem confiou no registro.[192] Em matéria de móveis, o problema se configura como aquisição não autorizada (*a non domino*).

919 Em determinadas situações, a autoridade pública pode transferir a pro-priedade mediante desapropriação. Por que conferir o poder de expropriar ao invés de aceitar a possibilidade de compra em mercado? A explicação econô-mica apontará os riscos de oportunismo quando autoridade pública – por de-finição solvável e investida de poder de coerção – deva adquirir a propriedade para um projeto de bem coletivo, ou de utilidade pública, utilizando a expres-são do Código.[193] Qualquer que seja a posição que se adote para justificar, convém observar que nenhum Estado moderno perde o poder de expropriar em razão de utilidade pública. A justificativa de utilidade pública se amplia, convindo limitar o exercício do poder de expropriar com garantias visando a evitar abusos. Um desses bloqueios é a garantia constitucional da proprieda-de.[194] A dificuldade está em conciliar tal direito fundamental com a prática da desapropriação, de que qualquer Estado não pode abster-se. Uma segunda restrição é a obrigação de indenizar. Ela leva ao que é denominado de *paradoxo da indenização:*[195] a indenização, se apenas parcial, cria o risco de expropriação apressada para autoridade pública, enquanto a indenização acima do valor de mercado cria o risco simétrico de oportunismo pelo expropriado.

920 Em todos os casos, o direito é realista ao prever regime prescricional me-diante o qual quem utiliza um bem acreditando ser o proprietário, crença que repousa sobre título viciado, pode **regularizá-lo** com o decurso de um lapso temporal em detrimento do verdadeiro proprietário. Entenda-se, a transferên-cia involuntária – que atenta contra a segurança da propriedade – é **limitada** por condições importantes. (negritos no original)

921 Em seguida, examinar-se-ão a prescrição (2) e os problemas ligados à venda de imóvel de terceiro (3).

2. A prescrição

922 Quem utiliza um bem sem título de propriedade, ou outro válido, pode regularizar a situação pelo decurso do tempo, mediante o que o direito civil

192. Posner 2003, 79, menciona que os dois regimes existem em diferentes estados dos Estados Unidos da América. O regime Torrens, como toda forma de seguro, deve controlar o risco moral, sem dúvida mediante verificações, no momento da inscrição. Em troca, deveria facilitar a transfe-rência dos bens, tendo o adquirente certeza de obter o título.

193. 545 CCfr; 952 C.c.Q.

194. A garantia constitucional está expressamente enunciada na Emenda V da Constituição nor-te-americana (1791); nos arts. 2 e 16 da *Declaração de direitos do homem e do cidadão* (1793), assim como no art. 14 da Constituição federal alemã (1949) e no art. 1º do Protocolo adicional da Con-venção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1952). O texto desses documentos constitucionais está reproduzido em francês em Lagelée/Manceron 1998. Ler sobre essa matéria Siegan 2001.

195. Ver o capítulo sobre o risco e o seguro.

denomina prescrição aquisitiva ou *usucapião*.[196] As observações de De Soto sobre os bloqueios resultantes da diferença entre propriedade de fato e pro-priedade jurídica nas economias em desenvolvimento[197] facilitam entender o interesse pela instituição.

923 Uma vez que a prescrição faz com que o proprietário original (legitimado) perca seu direito, o instituto deve ser bem delimitado para garantir que não seja utilizado salvo excepcionalmente. A segurança da propriedade está nesse preço. O possuidor que pretende recorrer à prescrição deve ter a posse útil durante certo período de tempo, que, segundo os casos, depende de sua boa-fé.

924 A posse útil é a que, segundo Carbonnier,[198] evita quatro vícios, o da clan-destinidade, da violência, da descontinuidade e do equívoco. Deve ser pública e pacífica, contínua e sem equívoco. A primeira condição visa a dar ao pro-prietário todas as possibilidades de descobrir o uso por outrem que pode levar à perda de seu direito, tornando necessário impedir o usucapião. Na falta de ação de sua parte, nessas circunstâncias, pode-se concluir que dá pouco valor à coisa objeto de prescrição. Em segundo lugar, o possuidor não pode invocar a prescrição contra o proprietário que tenha desapossado mediante violência.[199] Solução contrária estimularia, convidaria, recorrer à violência. O possuidor não pode invocar a prescrição se utiliza o bem episodicamente ou mediante atos que denotem a subsistência de dúvidas quanto à sua intenção de se considerar proprietário (como quando aceita adquirir automóveis sem em contrapartida receber os certificados de registro "carta cinza"). Estas duas últimas condições visam, como a primeira, a fazer com que o possuidor se exponha, dando ao proprietário a possibilidade de contestar o uso que leva à prescrição.

925 Quem participou de desapossamento violento ou fraudulento não pode apelar para a prescrição. Regra contrária incentivaria o oportunismo. Mas quem não recorre a esses meios pode apelar para a prescrição.[200] A duração da prescrição varia conforme a boa ou má-fé do possuidor. Por boa-fé entende-se a posse em virtude de título traslativo de propriedade (venda, por exemplo, não a locação), de que, legitimamente, se ignora o vício. Economicamente, convém associar tal legitimidade ao princípio das precauções proporcionais: a pessoa normalmente prudente fará todas as verificações cujo custo seja infe-rior ao da perda da propriedade (que retorna ao real proprietário) multiplica-do pela probabilidade de um vício do título.

196. Posse adversa, em inglês. Ver, por exemplo, Mattein 2000, 114-117; Posner 2003, 77-79, Gordley/Mattei 1996.

197. De Soto 2000. Notadamente, c. 3 e 6.

198. Carbonnier 2000, nº 120, p. 205. Ver também 922 C.c.Q.

199. 2233 CCfr., 927 C.c.Q., que estabelece a impossibilidade da prescrição pelo ladrão, o recepta-dor e o fraudador, mas a admite para os sucessores se ignoravam o vício.

200. 2233 CCfr., 927 C.c.Q.

926 No direito anterior a duração necessária para a prescrição variava em função da boa-fé, que era presumida.[201] Depois da reforma do Código Civil de Québec, em 1994, a distinção foi abandonada para os imóveis cujo estatuto se reflete nos registros acessíveis a todos para fins de informação, conhecimen-to. O prazo prescrional é, agora, uniforme, de dez anos.[202] A prescrição aquisi-tiva de um imóvel não terá efeito senão após reconhecimento judicial,[203] o que assegura a publicidade em relação a terceiros. A boa ou má-fé influi sobre os desembolsos que o possuidor poderá reclamar do proprietário que reivindica o bem – questão já tratada. No direito francês, a boa-fé permite prescrição abreviada, geralmente de dez anos,[204] enquanto o possuidor de má-fé só pode recorrer à prescrição ordinária, de 30 anos.[205]

927 Para os móveis, a distinção entre boa e má-fé importa. A prescrição é de três anos para o possuidor de boa-fé, e de dez anos para o de má fé.[206] A ques-tão interessa especialmente no contexto da aquisição de bem de terceiro, que será tratada na seção seguinte.

3. A venda de móvel de outrem[207]

928 O problema da venda de bem de outrem, que altera a perspectiva do tratamento conferido ao adquirente de boa-fé de coisas roubadas, foi objeto de dois artigos "clássicos" na literatura da análise econômica do direito.[208] O primeiro oferece perspectiva analítica, o segundo serve de ferramenta analíti-ca para compreender a diversidade de tratamentos entre sistemas contempo-râneos ao longo da história.

929 Os princípios subjacentes são fáceis de observar, de notar. Normalmente, a propriedade confere ao titular o direito de reivindicar a coisa onde quer que ela se encontre. Isso se explica pela garantia de segurança da propriedade. Se a propriedade sai das mãos do proprietário, é revendida, e está em mãos de terceiro que a adquiriu legitimamente, a proteção da propriedade exigiria que se protegesse, também, este novo proprietário.

930 Uma vez que dois proprietários não podem ser protegidos simultanea mente, põe-se questão de política legislativa ou jurisprudencial. Convém, nes-se caso, considerar os efeitos de incentivos que devem proteger um ou outro, notadamente sob a ótica ao desincentivo de furtos e do mercado secundário

201. 2268 CCfr; 2805 C.c.Q.
202. 2917 C.c.Q.
203. 2918 C.c.Q. Lamontagne 2005, nº 717, p. 457 ss.
204. 2265 CCfr.
205. 2262 CCfr. Carbonnier 2000, nºˢ 190-191, p. 303 ss.
206. 2919 C.c.Q., 2279 CCfr.
207. Ver especialmente Weinberg 1980; Levmore 1987; Mattei 2000, 106 ss.
208. Weinberg 1980; Levmore 1987. Ver também Baird/Jackson 1084, 314.

que o acomode no futuro. Se a proteção for para o proprietário originário, permitindo-se a reivindicação em todas as circunstâncias, os adquirentes to-marão precauções adicionais antes de adquirir qualquer bem. Isso valerá, so-bretudo, para bens usados. Resultado será a desaceleração do mercado. Uma vez adquiridos, haverá interesse em esconder a propriedade daqueles que po-deriam alertar o proprietário originário, espoliado de seu bem. Este, em troca, poderia ser menos prudente na administração de seu bem sabendo que pode-ria recuperá-lo sem entraves: estaria modelada uma forma de risco moral.

931 Regra inversa pode ser analisada da mesma forma. Na medida em que se protege o adquirente, este é levado a tomar menos cuidado antes da aqui-sição; agora é o proprietário originário que tem incentivo para tomar mais cuidados antes de ser desapossado do bem e para se proteger contra furtos ou roubos. O adquirente, por sua vez, dará menos atenção ao vendedor e não hesitará em adquirir bens de particulares, o que constitui risco moral.

932 Comparando as duas regras, não se encontra uma que, de forma evidente, seja mais eficiente do que a outra. É preciso, pois, mesclar as duas, distri-buindo, caso a caso, os incentivos mais úteis ou menos onerosos. A solução do Código Civil francês, a que se conformava o antigo Código de Québec, era distinguir segundo as circunstâncias do desapossamento do proprietário originário e as circunstâncias da aquisição pelo comprador.[209] Se o proprietá-rio tivesse perdido seu bem, ou se fosse roubado, poderia reivindicá-lo se a prescrição não tivesse ocorrido (em geral, três anos).

933 No caso de desapossamento voluntário[210] – deixar o relógio para conser-to, o relojoeiro o revende –, o proprietário originário não pode reivindicar do adquirente de boa-fé, pois a posse deste bem (móvel) “vale título”; deve voltar-se contra a pessoa a quem confiou seu bem e que se mostrou indig-na da confiança, para buscar indenização com fundamento no contrato. Se o terceiro adquire o bem a título gratuito, o proprietário pode reivindicá-lo desse adquirente.

934 Em face do adquirente, as soluções também têm nuances. Tratando-se de um desapossamento involuntário – roubo, fraude – o ladrão não tem o benefí-cio da prescrição; o proprietário pode, então, sempre, reivindicar o bem. Vale o mesmo em face do possuidor de má-fé. O adquirente de boa-fé, segundo o art. 2.279 do Código, a prescrição é de três anos. Durante esse período, o bem pode ser reivindicado do adquirente, desde que não tenha adotado a precaução de comprá-lo em mercado, em hasta pública ou de comerciante de bens semelhantes, casos em que o proprietário que reivindica deve reembol-sá-lo pelo preço pago. Se, em tais circunstâncias, o proprietário considerar interessante exercer seu direito de reivindicação, ao menos saberá quem foi o

209. 2279-2280 e 1599 CCfr.

210. Ver Weinberg 1980, 587.

vendedor, o que lhe permite, sendo o caso, refazer a cadeia de vendas depois de ser desapossado. O adquirente que tratou com particulares corre o risco de perder o bem adquirido sem ser indenizado e deverá se voltar contra quem lho tenha vendido. Está mais bem posicionado que o proprietário de origem para tal medida.

935 O novo Código Civil de Québec trouxe regras no capítulo sobre a ven-da simplificando sua administração.[211] Assim, a natureza do desapossamento do proprietário original não é mais levada em consideração: a jurisprudência já anulara casos de desapossamento voluntário, considerando que a revenda pelo detentor de má-fé constituía, nada obstante, um desapossamento invo-luntário. A precaução a ser adotada pelo adquirente – apenas o que lhe apro-veita, portanto, se assemelha ao caso de boa-fé – foi limitada à adquirente "no curso de atividades de empresa",[212] mediante direito ao reembolso do preço de compra no caso de reivindicação. O possuidor, mesmo de má-fé, pode ter o benefício da prescrição de prazo mais longo de dez anos.[213]

4. Delimitação do direito

936 Para o economista, cada uso potencial de um bem pode constituir uma *property right* (direito de propriedade), interessando estudar a atribuição e os efeitos de estímulo que daí derivam. Muitos autores apontam, sob a designa-ção de *anti-commons,* o perigo da dispersão do direito que se exiger para sua adequada exploração: cada titular poderia atuar como baluarte, o que levaria a um bloqueio de projetos que, executados, gerariam ganhos para todos.[214] Estudo baseado em experimentos laboratoriais demonstra que o efeito per-verso dos *anti-commons* é mais acentuado que o dos *commons.*[215] Para evitar o efeito bloqueio, prudente formular os direitos de forma a reunir um grande conjunto de prerrogativas. Quais?

937 Para o jurista, essa ideia põe a questão de saber que prerrogativas devem ser agrupadas para formar um direito em sentido jurídico. A propriedade re-flete, em princípio, um conjunto de usos que podem ser tomados como seu objeto. Mas até onde se entendem os usos reservados ao proprietário, visto que a propriedade de um terreno não incluía a do espaço aéreo nem, na maior parte dos sistemas jurídicos, o subsolo, em que se desejaria fazer exploração mineral; entre vizinhos, é preciso delimitar as prerrogativas de cada um em relação aos demais.

211. 1713-1715 combinadas com 2919-2920 C.c.Q.

212. 1714 (1) C.c.Q.

213. 2917 C.c.Q. Lamontagne 2005, nº 726, p. 465.

214. Sobre o *anti-commons*, Heller 1998, Buchanan/Yoon 2000, Depoorter/Parisi 2003; Munzer 2005.

215. Depoorter/Parisi 2003; Vanneste 2004.

938 Para determinar as prerrogativas, convém reuni-las de modo a formar um direito em sentido jurídico, a análise econômica propõe um teste em dois tem-pos. Primeiro, não especificar o direito salvo na medida em que a emergente escassez o imponha. Sendo esse o caso, aplicar o teste do contrato hipotético: para uma prerrogativa determinada, acrescer o conjunto de prerrogativas que
o proprietário já tem, se for plausível que a tenha adquirido de outrem não sendo proprietário desde o início. A compra ocorreria se o proprietário fizesse utilização mais valorizada dessa prerrogativa do que a outra pessoa, de forma que a transferência seria vantajosa em um sentido, mas não no inverso. O contrato é hipotético e não seria realmente celebrado, concluído; os custos de transação proibitivos impedem a conclusão. No caso contrário, pode-se deixar
o mercado funcionar, como já vimos no capítulo dedicado ao teorema de Coase. O teste do contrato hipotético já foi apresentado em discussão do teorema de Coase. Assegura, em princípio, que os diferentes usos estão reunidos nas combinações as mais valorizadas.

a. O cimo (topo) e o subsolo das áreas

939 O direito do proprietário, na origem visto como abrangendo o espaço aéreo, sem limite (até o céu) e o centro da terra, permitiria impedir qualquer invasão, acesso, tanto para acima quanto para baixo.[216] Contudo, há restri-ções, que a análise econômica explica. No que se refere às águas subterrâ-neas, o proprietário pode utilizá-las, mas deve respeitar as normas públicas aplicáveis,[217] o que se explica pelo risco de poluição, criando externalidades,
e respeitar, também, os direitos dos vizinhos, uma vez adquiridos, sobre a utilização dessa água.[218]

940 O direito do proprietário não inclui o direito ao espaço aéreo (de so-brevoo)[219] nem o de exploração minerária.[220] De supor que o interesse na acessibilidade do espaço aéreo poderia ser fonte de alguns inconvenientes em uma hipotética negociação entre os proprietários do solo e os que desejam sobrevoar a área. O mesmo pode ser imaginado em relação à exploração do subsolo, submetida a regras especiais. Estudo norte-americano mostra a com-plexidade das negociações necessárias para alcançar uma delimitação prática dos direitos de exploração de minerais no subsolo.[221] Determinadas por lei

216. 552 CCfr; 951 C.c.Q.

217. 951 2e al. C.c.Q.

218. 642 CCfr.

219. Carbonnier 1995, nº 140, p. 263-264.

220. Sobre a invasão das linhas de alta tensão e o sobrevoo de aviões, Carbonnier 1995, nº 136, p. 255, nº 140, 263-264; também, nos Estados Unidos da América, Lessig 2004, 2; sobre a exploração minerária, Carbonnier 1995, *ibid*.; Mattei 2000, 128-130.

221. Libecap 2003, 156.

tais restrições, elas serão “internalizadas” no valor das propriedades, o que se viu no capítulo dedicado ao teorema de Coase.

b. Relações de vizinhança

941 Importa, especialmente, delimitar os direitos de propriedade de uma área, nos casos em que haja ameaças à exclusividade, ou seja, entre vizinhos. Os códigos civis francês e do Québec contemplam conjunto de regras desti-nadas a controlar potenciais conflitos entre vizinhos, sem dúvida fonte im-portante de diferenças ao longo da história, em economias nas quais o cultivo da terra exercia papel relevante. As regras refletem as fórmulas encontradas nas sociedades mais simples que as nossas para evitar tais conflitos. Não nos deixemos enganar pela aparente simplicidade das soluções; o que importa são os motivos, as razões de ser que suportam as diferentes normas.

942 Uma primeira categoria de regras visa, simplesmente, a delimitar, de forma clara, o direito de propriedade em situações que poderiam parecer ambíguas. O proprietário tem o direito de cercar seu terreno, à sua custa, respeitando as regras relativas ao direto de passagem no caso de enclave.[222] Os frutos de suas árvores que caiam no terreno do vizinho passam a pertencer a este, no direito francês, e ao proprietário da árvore no direito de Québec, segundo o novo Código.[223] A regra de Québec obriga o proprietário do terreno no qual as frutas caírem a autorizar seu vizinho a retirá-las, o que poderia ser fonte de dificuldades. O proprietário pode, portanto, requerer que o vizinho pode os galhos que avançam sobre seu terreno.

943 A invasão, que é violação da exclusividade da propriedade, merece ser desenvolvida. As respostas entre o direito francês e o de Québec diferem. A jurisprudência francesa admite que o proprietário possa exigir a demolição da construção que invade, mesmo que a ultrapassagem seja mínima.[224] A exi-gência não é considerada abuso de direito.[225] A boa-fé de quem invade não tem importância. O direito do proprietário é, dessa forma, protegido por uma regra de interdição.

944 O direito de Québec, em oposição, é formulado para evitar, tanto quanto possível, a demolição da construção que invade. A vítima de uma invasão menor cometida de boa-fé pode requerer tanto que se adquira a parcela da área invadida, quanto uma indenização pela perda de tal área. Entretanto, se a invasão for considerável, ou causar sério prejuízo, ou ainda feita de má-fé, a vítima pode exigir que o invasor adquira todo o imóvel, seja a demolição

222. 647 CCfr; 1002 C.c.Q.; direito de passagem 682 CCfr e 997 ss. C.c.Q.

223. 984 C.c.Q., 647 CCfr.

224. Jurisprudência sobre o art. 545 CC francês.

225. Bouckaert 1997a.

das edificações invasoras repondo-se o bem no estado anterior.[226] O direito de Québec adota mescla de regras de indenização e interdição tendo em vista a gravidade da invasão e o preço com os cuidados adotados para evitá-la. Mes-mo no caso de invasões menores, portanto, cabe à vítima a escolha do corre-tivo, o que evita o risco moral se a escolha fosse atribuída ao invasor. No caso de invasões graves ou de má-fé, a regra de Québec repete a do Código francês.

945 Por que a diferença? Uma explicação leva em conta o custo relativo da verificação necessária para evitar a invasão. Muitos sistemas de registro fun-diário são precisos, completos e de acesso fácil, de sorte que quanto menos onerosa for a verificação, mais lógico será considerar que o proprietário que deixa de fazê-la age de má-fé. Ora, pode-se pensar que, até recentemente, os registros fundiários na França eram mais precisos e completos do que em Québec (apesar de mudanças em curso). Ou seja, a terra é relativamente me-nos escassa em Québec do que na França e na Europa, considerando o núme-ro de habitantes por quilômetro quadrado. Isso tenderia a tornar as invasões menos onerosas em Québec que na Europa.

946 Uma vez que as regras sejam enunciadas de forma clara, os proprietários adaptam o nível de precauções às sanções em caso de invasão. A regra clara fixa o poder de negociação das partes, se houver negociação depois de uma invasão.

947 Em segundo lugar, bom número de regras visa a evitar "externalidades". O que se expôs no capítulo dedicado ao teorema de Coase mostrou que, com custos de transação baixos, as externalidades são resolvidas mediante delimi-tação da propriedade, o que nos recorda aspecto precedente. É preciso, então, recordar que se os vizinhos estiverem em posição de monopólio bilateral, não serão, necessariamente, negociadores amigáveis, e os custos de transação en-tre eles podem ser, por isso, significativos.

948 Nesse grupo há um conjunto de regras relativas à administração de águas que correm de uma propriedade para a outra.[227] As regras visam a evitar que um vizinho reduza o volume ou a qualidade da água corrente à jusante. Para a água que escorre dos telhados, ao contrário, o proprietário deve desviá-la para sua propriedade ou para a via pública, não para a do vizinho.[228] O pro-prietário que seja incomodado pela árvore de seu vizinho que invade seu terreno pode requerer que aquele a pode. A *autoajuda (self help)* consistente em cortar vegetais que invadem a propriedade é permitida, no direito fran-cês, em se tratando de "raízes, galhos e arbustos", no limite entre os terre-nos.[229] Em Québec, no antigo código, havia provisão similar, que não existe

226. 992 C.c.Q.

227. 977 ss. C.c.Q. Ver também Mattei 1994, 130-132.

228. 993 C.c.Q.; 681 CCfr.

229. 985-986 C.c.Q.; 673 CCfr.

no novo, o que se explica pelo fato de a *autoajuda* poder ser fonte potencial de conflitos.

949 As vistas são outra fonte de tensão entre vizinhos. O direito limita a altura de muros próximos dos limites entre terrenos.[230] As regras determi-nam as distâncias proibidas em centímetros, tornando a definição do que é permitido mais fácil de que se a norma fosse imprecisa. A regra pode ser afastada por acordo entre vizinhos. Podem dar a esse acordo caráter dura-douro modelando a regra como servidão, oponível a quaisquer posteriores adquirentes.

950 Terceiro grupo de regras obriga os vizinhos a contribuírem para a ma-nutenção de um recurso comum, evitando-se, dessa forma, comportamento oportunista (esbulho). É o caso da divisão de despesas de edificação e manu-tenção de muros ou cercas[231] entre as propriedades lindeiras.[232] Contudo, se um só vizinho tiver interesse em erigir o muro, arcará com os custos, o que evita uma externalidade. Se o outro vizinho, em seguida, tiver interesse em haver metade da divisória, deve arcar com sua parte de custos, o que impede a pilhagem.[233]

951 Há, em quarto lugar, regras visando a impedir outra forma de comporta-mento oportunista, a saber, o proprietário que atua como baluarte em relação ao vizinho. É assim que entra na propriedade do vizinho para executar servi-ços ou reparos,[234] ou para buscar um bem – um animal, ou, também, no di-reito de Québec, frutas – que ficariam perdidas na área.[235] Em todos os casos, a fim de evitar o risco moral do vizinho, este deve repor o terreno no estado anterior ou indenizar o proprietário.

952 Se o terreno estiver encravado e o proprietário não conseguir uma servi-dão de passagem ou alguma forma de acesso, pode exigir esse direito de um de seus vizinhos a fim de poder utilizar sua área.[236] Esta regra, assim como afasta a possibilidade do baluarte, deve, de outra parte, evitar o risco moral de quem esteja encravado, o que o Código se propõe a alcançar prevendo que a passagem deve ser estabelecida no local mais natural ou o menos oneroso.[237] Se o enclave for fruto de uma divisão, cabe a um dos envolvidos oferecer a passagem, fato que não impede que os participantes da divisão criem uma

230. 993-996 C.c.Q.; 674-680 CCfr.

231. 978 C.c.Q.; 646 CCfr.

232. 1006 C.c.Q.; 663 CCfr.

233. 1007 e 1008 C.c.Q.; 660 e 661 CCfr.

234. 987-989 C.c.Q.

235. 989 C.c.Q.

236. 997 C.c.Q.; 682 CCfr.

237. 998 C.c.Q.; 683 CCfr.

externalidade para terceiros.[238] O direito de passagem termina quando não for mais necessário.[239] A fim de ter acesso à área encravada, seu proprietário deve fazer as obras e reparos necessários a fim de que seu direito seja exercido da forma menos onerosa para o vizinho que, eventualmente, terá direito a uma indenização.[240]

c. As servidões[241]

953 A função das servidões é regular os potenciais conflitos entre vizinhos, mas, diversamente das obrigações pessoais entre eles ajustadas, são direitos reais oponíveis a terceiros, o que significa que permanecem válidos nos casos
de transferência da titularidade dos terrenos.[242] O Código prevê que a servi-dão seja um ônus que recai sobre o terreno, dito "servidor", para utilidade
do terreno dito "dominante".[243] O direito francês reconhece como servidões resultantes de obrigações de vizinhança. As servidões podem resultar, ainda, de convenção ou outro negócio jurídico.[244]

954 Sendo a servidão um direito real oponível a todos e, em princípio, sem li-mitação temporal, tem como efeito restringir o uso do bem pelo proprietário, criando o risco do *anti-commons.* Por isso, o Código limita, de várias formas, a função que as servidões podem ter na propriedade. A servidão não pode ser
criada, no direito de Québec, pela prescrição;[245] o direito francês a admite, mas apenas no caso de servidões aparentes e contínuas, e com posse útil e de boa-fé por 30 anos, o que limita o risco de surpresas desagradáveis pelo
adquirente da propriedade.[246] A servidão se extingue pelo não uso.[247] Tam-bém se extingue quando se torna supérflua em virtude de a mesma pessoa
ser titular dos dois terrenos que serão unidos.[248] Demais disso, extingue-se se for impossível exercê-la.[249] Lembrando o perigo do *anti-commons*, o Código

238. 999 C.c.Q.; 684 CCfr.

239. 1001 C.c.Q.; 685-1 CCfr.

240. 1000 C.c.Q.; 682 in fine CCfr.

241. Sobre as servidões em geral, ver Gordley 2003.

242. 1182 C.c.Q.

243. 1177 C.c.Q.; 637 CCfr.

244. 1181 C.c.Q. prevê o estabelecimento, por contrato, por testamento, por destinação do pro-prietário ou por força de lei.

245. 1181 C.c.Q.

246. 690 e 691 CCfr e Carbonnier 1995, nº 152, p. 281.

247. 1191 C.c.Q., 706-707 CCfr.

248. 1191 C.c.Q.; 705 CCfr.

249. 703 CCfr (sob reserva de renascimento se a situação dos locais o admitir) – 704 CCfr.

de Québec prevê que a servidão pode ser readquirida, exceto em face de en-clave, quando sua utilidade para o terreno é desproporcional em comparação com o inconveniente ou a depreciação para o terreno dominante.[250] No direito francês, o proprietário do terreno servidor pode, nas mesmas circunstâncias, entregar o terreno ao proprietário daquele dominante.[251]

d. Problemas de vizinhança

955 Além das disposições citadas que regem problemas específicos, convém ter uma regra geral aplicável a casos não previstos ou em que o uso que o proprietário aufere de sua propriedade seja turbado por atos de um vizinho ao utilizar a sua propriedade. Codificado no direito civil de Québec, aparece em dois locais. No início do Código, o artigo 7 a prende por meio do abuso de direito. O artigo prevê que:

> "aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi".
>
> "nenhum direito pode ser exercido de forma a prejudicar outrem ou de maneira exces-siva e não razoável, indo, assim, contra as exigências da boa-fé".

956 Trata-se, cremos, de boa-fé no sentido em que o termo é empregado no direito das obrigações e que discutiremos no capítulo dedicado à matéria. A jurisprudência, na França assim como em Québec, tem exemplos de atos de um proprietário visando, simplesmente, a perturbar seu vizinho, sem aparen-te legítimo interesse, como o do proprietário que finca estacas na sua proprie-dade com a intenção maldosa, maliciosa, de impedir o vizinho de utilizar sua área para aterrissar aviões.[252]

957 O Código Civil de Québec tem outro artigo geral para disciplinar proble-mas de vizinhança não especialmente previstos em outro lugar. É o 970, que prevê que:

> "les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux".
>
> "os vizinhos devem aceitar os inconvenientes normais da vizinhança que não excedam os limites de tolerância devidos entre si, segundo a natureza ou situação de seus ter-renos, ou segundo os usos locais".

250. 1189 C.c.Q. Isso corresponde à correção *ex post* de um arranjo de propriedade disfuncional (*dysfunctional property arrangement*) (Depoorter/Parisi 2003, 3).

251. 699 CCfr.

252. *Cf. o caso em Québec Rimouski Ltée c. Gagnon*, [1952] CS 149, que lembra outro semelhante na França, um terço de século mais cedo (Coquerel c/Clément-Bayard, Req. 3 août 1915, DP1917. I. 79) comentado em Bouckaert 1997a.

958 O artigo codifica uma regra desenvolvida pela jurisprudência anterior e igualmente conhecida no direito francês. O artigo é explicado pelo seu opos-to, reconhecido na França como o princípio de que *ninguém deve causar a outrem um problema anormal de vizinhança.*[253] Por problema anormal entenda-se, por exemplo, barulho, odores, fumaça, vibrações que resultam de atividades fa-bris, ou ainda de teatro, escola, hospital.[254]

959 Primeira questão pertinente do ponto de vista da análise econômica do direito recai sobre a distinção estabelecida em função do caráter normal ou anormal dos problemas. Por que aceitar as perturbações normais? Para ex-plicá-lo, a análise econômica do direito recorreu ao contrato hipotético entre vizinhos. As interferências menores, normais e recíprocas na utilização ordi-nária da propriedade seriam, sem dúvida, tratadas como equivalentes e não merecedoras de correção. Não seriam resultado de atos de oportunismo. Ao compensar implicitamente, economizamos os custos de transação. Claro, os usos e costumes locais poderiam ser consultados para determinar o conteúdo concreto de tal convenção hipotética.

960 Entretanto, as interferências que ultrapassem esse limite poderiam muito bem não ser recíprocas e não dar ensejo a tal compensação implícita. Trazem o perigo de atos oportunistas de um vizinho em relação a outros. Para evitá-lo, é preciso um corretivo que faça respeitar a exclusividade da propriedade.

961 Outro ponto está em saber se o corretivo deve ser uma regra de interdi-ção ou basta uma de indenização, e se a aplicação dessa regra pressupõe culpa. Tais questões deram lugar a substanciais desenvolvimentos da doutrina jurí-dica.[255] A posição dominante admite que a só violação do direito do vizinho leva à responsabilização, sem que se faça necessário demonstrar a culpa.[256] De outro lado, no direito de Québec, os tribunais determinam, regularmen-te, impedimentos para fazer cessar as violações, exceto se as consequências para o réu pareçam especialmente onerosas (fechamento de fábrica, perda de empregos), recorrendo à ponderação dos interesses em matéria de usurpação prevista no art. 992 do Código Civil de Québec, citado abaixo.[257] As conside-rações expostas a respeito do teorema de Coase parecem justificar a regra de interdição. Entenda-se, a regra terá reflexo imediato sobre o valor dos terre-nos afetados.

253. Carbonnier 1995, nº 168, p. 302; nº 172, p. 309.

254. Carbonnier 1995, nº 168, p. 302.

255. Ver a exposição desse debate em Popovici 1997; também, Carbonnier 1995, nº 172, p. 308; Lamontagne 1998, nº 232, p. 158; Lafond 1999.

256. Katz c. Reitz, [1973] CA 230; *Barrette c. Ciment du Saint-Laurent*, [2003] RJQ 1883, [2003] R.R.A. 1012 (CS); *Goudreau c. Letellier-de St-Just*, [2002] RJQ 1195 (CA); a jurisprudência francesa segundo o art. 544 CCfr.

257. Lamontagne 1998, nº 238, p. 160.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

962 A análise econômica da propriedade iniciada há meio século, a partir da intuição de que, se a propriedade é condição essencial de funcionamento do mercado, não é imutável, dado uma vez para todos fora do sistema econô-mico, bem ao contrário, faz parte dos elementos que os agentes econômicos podem tentar modificar na sua busca por maximizar a riqueza. A exploração a ser feita dos recursos existentes não é determinável a partir da mera dispo-nibilidade, **muito depende** da forma dos direitos de propriedade aos quais estarão sujeitos ou submetidos. Após o reconhecimento dessa instituição, ocorre o desenvolvimento de um programa de pesquisa: o que é que estimula o desejo dos agentes a (fazer) definir a propriedade? Que formas pode adotar e quais as vantagens e desvantagens das diferentes modalidades? O que de-termina o sucesso dessa atividade de articulação de direitos? Será que tudo se presta a ser objeto de propriedade? Como fazer para que uma instituição descoberta em economias muito mais simples que a nossa nos preste, ainda hoje, serviços tão valiosos?

963 A pesquisa dessas questões dá-se no "quadro institucional" sobre a ossa-tura mais do que austera do modelo neoclássico dos economistas. Estimula os economistas a dialogar com os juristas. Para esses, as pesquisas realizadas no âmbito dessa concepção oferece inúmeras lições, algumas das quais levam-nos a admitir o que sempre foi evidente intuitivamente para os grandes juristas.

964 Nenhum recurso que se tornou escasso permanecerá com acesso livre, porque o exporia ao risco da tragédia lembrada por Hardin (1968). Muitas instituições podem ser utilizadas para administrar o recurso, indo da proprie-dade individual, passando pela copropriedade até a administração coletiva por autoridade pública.

965 A escassez emergente, em regra, aparece por meio de uma disputa ou de um conflito. As externalidades, fenômeno que a pesquisa econômica identi-ficou como uma falha de mercado, parecem vir a ser caso de objetos ou utili-zações particulares deixadas em livre acesso entre pessoas interessadas que têm em vista usos incompatíveis. A atribuição de direitos de propriedade ou o estabelecimento de outra estrutura de gestão (ou de governança) da escassez
– que os economistas denominam direitos de propriedade, em sentido mais amplo do que a propriedade dos juristas – é suficiente para retomar o controle do problema.

966 A autoridade pública pode criar direitos de propriedade, razão pela qual isso constitui um dos atrativos da instituição, incentiva interessados, atraídos pelas vantagens que o direito mais bem definido gera. Para tanto, bastam o controle do uso do bem e a liberdade de contratá-lo. Os interesses po-dem, dessa forma, "preconfigurar"[258] o direito, que, em seguida, poderá ser

258. Termo emprestado de Hermitte 1988, 45.

codificado, recepcionado na lei a partir da experiência. O controle do uso, que denominamos “cerca”, não precisa ser perfeito, mas deve ser suficiente para permitir que o proprietário mantenha alguma utilidade (ou rendimento) positivo líquido. Quanto mais a cerca permitir desvios, fugas, mais restritas serão as opções para exploração útil pelo proprietário. As cercas podem ter diferentes naturezas: físicas, comerciais, contratuais, jurídicas. A cerca é eri-gida com bens sobre os quais haja uma forma de propriedade. Pode-se dizer que a ordem civil estende-se para atividades com novos bens (na margem); nesses casos, a propriedade é criada *ex nihilo*. As formas de cercamento podem evoluir em função de descobertas, técnicas ou outras, o que viabiliza direitos que, anteriormente, não o eram. Em sentido oposto, a evolução técnica pode tornar muito permeável, ou custosa, uma cerca existente, o que põe em risco a viabilidade do direito de propriedade nela baseado.

967 Para compreender a estruturação em vias de se consumar em novos uni-versos como a Internet, é preciso voltar a atenção para as atividades, visando a criar novas formas de cerca, pois elas indicam tentativas de criar propriedade que, de seu turno, deve permitir o funcionamento de mercados.

968 O direito é, em geral, parcimonioso quanto à especificação dos direitos de propriedade a fim de que não se afastem dos usos comuns, criando confli-tos. Na medida em que novas utilizações são descobertas, podem dar lugar a externalidades, que requerem que as instituições jurídicas existentes sejam precisadas. Isso abre espaço para uma concepção dinâmica da propriedade, que determina, com maior precisão, como essa instituição será estendida a novos bens.

969 Quem será proprietário? Em geral, a pessoa cuja contribuição fará a maior diferença na utilização do bem. A lógica econômica indica que essa pessoa, normalmente, adquiriria a propriedade, se não a tivesse originariamente, o que é possível pelo rendimento superior que espera obter, enquanto a posição contrária não é viável. Mas, altos custos de transação ou de legislação prote-cionistas podem impedir ou atrasar a implementação dessa solução. O risco disso são as ineficácias na medida em que o proprietário no sentido jurídico não seja a pessoa que melhor garanta a exploração do recurso. Para compre-ender o uso da propriedade, é preciso verificar o espírito do interesse sob esta óptica, como apontamos no caso das empresas da antiga Iugoslávia e, nova-mente, na economia dos “*saquetters” (invasores),* no Peru, como descrito por De Soto. Garantindo-se que a pessoa cuja contribuição faça a maior diferença seja proprietária, o direito contribui para a eficácia.

970 Pensou-se em privilegiar a fórmula da propriedade com um só titular em razão do efeito de estímulo concentrado (sobre uma pessoa) que gera. Porém, pesquisas recentes sobre instituições históricas e contemporâneas demonstraram a popularidade de formas de copropriedade. Necessário, en-tão, entender as circunstâncias em que essa instituição apresenta vantagens comparativas com a propriedade individual (dificuldades de exclusividade,

vantagens de partilha), mas também as restrições a ela inerentes, que resul-tam da ação coletiva (risco de carona e baluartes, problema de fiscalização recíproca). Essa análise lançou nova luz sobre instituições que tinham sido rapidamente descartadas como velharias ou cartéis.

971 Que prerrogativas devem ser reunidas em um único direito de proprie-dade, no sentido jurídico ? O perigo a ser evitado é o bloqueio à utilização de um recurso em virtude de grande número de direitos cujos titulares podem, cada um, atuar como baluarte. A situação foi lembrada com o termo *anti--commons.* Há, no direito civil sobre bens, muitas disposições visando a evitar dispersão durável de direitos sobre o mesmo objeto. No plano normativo, a análise econômica leva à conclusão de que todas as prerrogativas que o titular teria adquirido de terceiros, se desde logo não lhe pertencessem, deveriam ser reunidas em um só direito. Em relação à propriedade, trata-se da plenitude de prerrogativas presas à utilização, com exclusão de direitos ao espaço aéreo e à exploração mineral, para os quais o risco de *anti-commons* é particularmente grande.

972 As ferramentas intelectuais permitem, assim, explicar as regras clássicas articuladas nos códigos civis em matéria de vizinhança, de desmembramento de direitos, indivisão, copropriedade. O direito civil se mostra, nesses casos, mais eficaz do que o direito norte-americano, nos estudos realizados pelos pioneiros norte-americanos da análise econômica do direito. O universo de juristas foi enriquecido por uma concepção dinâmica da propriedade, que acentua a extensão da formulação de novos objetos conforme a iniciativa dos interessados e que convida a comparar as diferentes fórmulas escolhidas. A história pode ser relida como fusão de iniciativas em busca de recombinar objetos (franquia, por exemplo), desfazer combinações existentes, estender a propriedade a novos bens. Essa concepção é, claramente, mais rica que a leitura positivista do direito, o que deixaria o legislador à reboque dos tribu-nais no interpretar as decisões destes. É particularmente interessante para o direito comercial, mas também para todo o direito privado.

973 Sobre a transmissibilidade de bens, primeira e importante questão é a de compreender por que certos bens são postos fora do comércio. A análise econômica do direito oferece explicação que permite que o jurista "'saia' de seu quadro de reflexão habitual".[259] Põe em dúvida o fato de não haver preço que possa servir para a definição de extrapatrimonial, vez que isso resulta do fato de ser excluído do mercado. A análise econômica leva a considerações de externalidades, autopaternalismo (precaver-se contra decisões que se la-mentaria), e paternalismo puro, que remetem a particularismos do processo político. O exame de diferentes regras que compõem o regime de aquisição e de transferência da propriedade demonstra uma lógica subjacente cujo escopo

259. Maitre 2005, nº 11, p. 13.

parece ser incentivar a boa gestão e a prudência e desencorajar o oportunis-mo. Espelha a ideia de que o direito civil, como a *common law,* seria influencia-do pela busca de eficácia no sentido que os economistas dão, habitualmente, ao termo. É uma perspectiva que vamos reencontrar no próximo capítulo, que trata da responsabilidade extracontratual.

INDO ADIANTE

974 Muitos livros propõem a análise econômica da propriedade – o do direito dos bens, para empregar a expressão jurídica mais comum. Em francês, o livro de Lapage[260] é uma das primeiras sínteses de análise econômica da proprie-dade. Nota-se, nos primeiros capítulos do texto, a sensibilidade à dimensão histórica e a particularidades do direito civil. Sob perspectiva comparada, ao jurista interessa consultar o texto de Mattei, professor em Trento, na Itália, e no Hastings College of Law, na Califórnia, que trata especialmente dos di-rieitos italiano, francês e alemão, assim como dos direitos inglês e norte-ame-ricano.[261] Síntese esclarecedora da teoria econômica pertinente está presente nas obras coletivas organizadas por Anderson e McChesney[262] e por Colom-batto.[263] Ellickson et al., em 2001, mostram como a análise econômica do direito pode ser integrada ao ensino universitário, em apresentação mais geral dos princípios do direito (norte-americano) de bens.[264] Furubotn e Richter expõem a análise econômica sob perspectiva institucional, com especial aten-ção ao *movimento dos direitos de propriedade*, do início dos anos 1970, do qual Furubotn foi um dos principais protagonistas. Para a análise de propriedade comum, os livros de Ostrom são fundamentais.[265]

ANEXO – FORMAS DE PROPRIEDADE CONHECIDAS NO DIREITO ROMANO

975 O direito romano conheceu diversas formas de propriedade. Na medida em que os bens são livremente disponíveis, não há restrições para se apos-sar deles: o direito romano previa a *res nullius.*[266] Animais selvagens e coi-sas abandonadas (*res derelicta)* são exemplos. Há coisas que, embora de livre acesso para todos, não se prestam a ser apropriadas. O oceano, o ar, seriam

260. Lepage 1985.

261. Mattei 2000.

262. Anderson/McChesney 2003.

263. Colombatto 2004.

264. Furubotn/Richter 2000.

265. Ostrom 1990, 1992 e 2002.

266. Terminologia emprestada de Zénati 1988, n^{os} 4 e 18, p. 16 e 30; ver também Rose 2003.

exemplos; são denominadas *res comunes*. É preciso distinguir essas coisas de estradas, pontes, portos e rios, que são bens suscetíveis de apropriação priva-da, mas que são, por natureza, ou decisão coletiva, afetados pelo uso de todos, mediante, eventualmente, regras visando a impedir o abuso (*res publicae).* Da mesma forma, em direito romano, certos objetos pertenciam a grupos ou cor-porações, públicas ou privadas, como as cidades, e como tal *(res universitatis).* Incluem-se nessa catetoria estádios e teatros – objetos que podem ser ex-plorados para o bem conjunto de membros da comunidade visada. As coisas destinadas ao culto (*res divini juris)* têm vocação para serem abertas a todos e fora do comércio.

capítulo 3

A propriedade intelectual

"In actual fact, the controversy about the patent of invention is very old, and the chief opponents of the system have been among the chief proponents of free enterprise." **Machlup/Penrose 1950, 363**

"De fato, a controvérsia sobre a patente de invenção é bastante antiga, e os maiores oponentes do sistema estão entre aqueles que são os maiores proponentes da liberdade de iniciativa." *"If national patent laws did not exist, it would be difficult to make a conclusive case for introducing them; but the fact that they do exist shifts the burden of proof and it is equally difficult to make a really conclusive case for abolishing them."* **Penrose 1951, 40**

"Se não houvesse leis nacionais de patente, seria difícil convencer as pessoas a aceitá-las, mas o fato de que existem transfere o ônus da prova e é igualmente difícil convencer as pes soas a aboli-las."

976 A propriedade intelectual compreende um conjunto de direitos, cada qual conferindo ao titular controle exclusivo, de acordo com modalidades específicas e por período de tempo limitado, de um bem intangível resultante da criativi-dade humana. Às vezes, se emprega a expressão *direitos intelectuais,* que parece ter maior amplitude, englobando todas as espécies de propriedades incorpó-reas, aquelas cujo objeto é puramente intelectual, imaterial.[1] Incluiria, além da propriedade intelectual, o direito sobre uma clientela e novos e diferentes produtos, como as *opções,* existentes no mercado de valores mobiliários.

1. Cornu, Gérard (dir.), Vocabulário jurídico, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, Vº intellectuel.

977 No direito francês, é comum distinguir, na propriedade intelectual, a *pro-priedade industrial* (patente, marca de comércio, direito sobre variedades de vegetais, direito sobre o desenho de semicondutores, direito sobre desenhos industriais, direito sobre modelos de fabricação) da *propriedade literária e ar-tística* (direito de autor e conexos), justificando-se a distinção pelo liame per-sonalista com o criador que, no direito francês, caracteriza o direito de autor, mas não os do primeiro grupo. A distinção é, sobretudo, terminológica.

977a. Nota da tradutora No direito brasileiro, a Lei nº 9.279/1996 rege a denominada propriedade industrial, cuja proteção, segundo o art. 2º, volta-se para o desenvolvimento tecnológico e econômico do país dado seu interesse social. Isto implica a concessão de patentes de invenção e modelo da utilida-de, registro de desenho industrial, registro de marca, repressão a falsas indi-cações geográficas e à concorrência desleal. A legislação é aplicada a pedido de patente ou registro estrangeiro depositado no país por quem tenha proteção assegurada por tratado ou convenção em vigor, e aos nacionais ou pessoas do-miciliadas em país que assegure reciprocidade de direitos iguais ou equivalen-tes a brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil (art. 3º). O direito de autor
é regido pela Lei nº 9.610/1998, cujo art. 5º traz a seguinte relação: publicação
– oferta ao público de obra literária, artística ou científica, com consentimen-to do autor, por qualquer forma ou processo (inclui as eletrônicas, radiofôni-cas, por exemplo); transmissão ou emissão, retransmissão – difusão de sons, sons e imagens, por qualquer meio; distribuição – pôr à disposição do público original ou cópia de material publicado, mediante venda, locação ou qualquer outra forma de transferência da propriedade ou posse; comunicação ao públi-co – pôr ao alcance do público, por procedimento que não seja a distribuição de exemplares; reprodução – cópia sob forma tangível, com armazenamento permanente ou temporário, por meios eletrônicos ou outros que venham a ser desenvolvidos, entre outras definições. A lei qualifica editor, produtor, artis-tas intérpretes ou executantes, detalhando os diversos interessados titulares de posições jurídicas protegidas.

No que diz respeito à propriedade intelectual de sementes, a Lei nº 10.711, de 5 de agosto de 2003, regulamentada pelo Decreto nº 5.153/2004, visa a ga-rantir a identidade e a qualidade do material de multiplicação e de reprodução vegetal produzido, comercializado e utilizado em todo o território nacional. O art. 2º, a par do amplo elenco de definições relativas a pessoas, produtos e seu uso, após a regulamentação, avança ainda mais no detalhamento dos produtos objeto da proteção legal.

Foi criado, também, pela Lei de 2003, o sistema nacional de sementes e mudas, destinado, entre outras atividades, a fiscalizar a produção, o benefi-ciamento, a amostragem, a análise, a certificação, o armazenamento, o trans-porte e a comercialização de sementes e mudas e sua utilização. O registro de sementes e mudas também ganha disposições específicas seguindo-se o Re-gistro Nacional de Cultivares (arts. 10 e segs.) O art. 11 do Decreto de 2004

relaciona os serviços decorrentes da inscrição ou credenciamento no RENA-SEM, que são remunerados segundo o regime de preço de serviços públicos que serão fixados pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento para as atividades contempladas.

978 Durante a Revolução Francesa, a propriedade intelectual era considerada uma das mais puras expressões da ideia de propriedade. "[De] todas as pro-priedades, a menos suscetível de contestação é, sem dúvida, a das produções do engenho, surpreendendo ter sido preciso reconhecer esta propriedade, ga-rantir seu exercício, por norma positiva", escreveu o relator Lakanal, durante a elaboração da lei de 19 de julho de 1973, reservando ao autor o direito de

reprodução.[2] Mas a percepção da propriedade intelectual como a mais pura espécie de propriedade não foi adotada, como bem demonstrou Carla Hesse no seu magistral estudo histórico sobre as políticas culturais durante a Re-

volução Francesa.[3] Ela não sobreviveu muito tempo, mesmo na França, pois, como observa Roubier, nas leis de 5 de julho de 1844, sobre patente, e de 14 de julho de 1866, sobre direito de autor, o legislador se absteve, sistema-

ticamente, do emprego do termo "propriedade".[4] A relação da propriedade intelectual com a propriedade de bens corpóreos é a primeira questão sobre a qual o capítulo se detém e propõe esclarecer.

979 Como conjunto de institutos jurídicos formalmente reconhecidos, a pro-

priedade intelectual tem origem relativamente recente:[5] cerca de seis séculos para as patentes e três séculos para direito de autor. Isso contrasta com a pro-priedade sobre bens tangíveis, cujo princípio era conhecido pelas primeiras sociedades humanas. Essa diferença surpreende, salvo aos seguidores da tese

– contudo contestada[6] – segundo a qual a propriedade intelectual, apesar de sua denominação, não tem parentesco com a propriedade de bens tangíveis.[7] A segunda questão para a qual se busca resposta é por que a propriedade in-telectual aparece tão tardiamente na história da humanidade.

980 Nota-se, ao longo do último quarto de século, prolífica atividade, legis-lativa e jurisprudencial, em todos os setores abrangidos pela propriedade

2. Citado por Colombet 1986, 7 e por Edelman 1980, 44. Ver também Edelman 2004, 337 ss.

3. Hesse 1991; sobre a concepção do direito de autor nessa época na França e nos Estados Unidos, ver o estudo notável de Ginsburg 1990.

4. Roubier 1952, 69; também Machlup/Penrose 1950, 16 (nt 60).

5. Ver, entre outras obras, Deazley 2004; Edelman 2004; Geller 2000; Hadfield 1992; Hesse 2002; Lapointe 2000; Mossoff 2001; Nard/Morriss 2004; Rose 1993; Sherman/Bently 1999.

6. Por exemplo, Gautier 2003, 10.

7. Ver por exemplo Lucas e Lucas 2001, n^{os} 19-23, p. 24-29; Mackaay 1991, 218; Pfister 2005 para a perspectiva histórica.

intelectual.[8] Tal proliferação contrasta com a relativa calma reinante nessa área ao longo do século precedente. Convém, em terceiro lugar, indagar sobre esse desenvolvimento.

981 Debruçamo-nos, primeiro, sobre a informação (Seção 1), suas particu-laridades (1) e os institutos modelados para favorecer a criação nos casos em que incentivos especiais parecem ser necessários (2), antes de examinar, entre esses institutos, a propriedade intelectual propriamente dita, sua estru-tura (Seção 2), e efeitos (Seção 3).

Seção 1

A informação e sua criação

1. A INFORMAÇÃO

982 Invenções, obras literárias e artísticas, desenhos, modelos, computadores, são protegidos não como suporte de bens corpóreos aos quais estão ligados, mas, particularmente, como estruturas cristalizadas de informação – intangí-veis – qualquer que seja o suporte.[9] Os direitos de propriedade intelectual pro-tegem formas específicas de informação. Para compreender seus traços gerais, convém levar em conta, inicialmente, as particularidades da informação.[10]

983 Informação é elemento essencial de nosso pensamento, nossas decisões.[11] Cada ser humano manipula grande quantidade de informações relativas à sua pessoa, a seus próximos, suas preferências, seu modo de vida, seu trabalho, coisas que quer adquirir e vender. Tais informações são continuamente atuali-zadas. A maior parte delas está sob controle direto e exclusivo do interessado e não tem grande interesse para outros além dele. Tais informações não se pren-dem ao problema da escassez,[12] que poderia gerar interesse na formulação de direitos de propriedade, ou outras instituições jurídicas para administrá-la.

8. Sucintamente, a máquina legislativa americana, na aparência capturada por grupos de interesse, ver Nimmer 2004, o qual sustenta que, após modificações feitas a partir de 1992, a lei americana sobre direito de autor tornou-se densa e sempre mais clientelista.

9. A lei sobre direito de autor (Canadá) (LRC, 1985, c.C-42) o exprime no seu art. 3º, pela fórmula "sob forma matéria qualquer".

10. Elkin-Korin/Salzberger 2003, 49-55; Mackaay 1982, pt II.

11. Há considerável litteratura sobre a natureza da informação. Ver, notadamente, Galloux 1988; Mackaay 1982, 107 ss.; Mackaay 1990.

12. A escassez aparece quando se descobre, para dado bem, mais de uma utilização, e as diferentes utilizações não podem ser feitas simultaneamente. A questão é, pois, saber-se como atribuir a decisão sobre a utilização que deve prevalecer.

984 Muitas informações são "comunicáveis", quer dizer, destinam-se a serem partilhadas. As culturas e os idiomas, línguas, são estruturas de informação coletivas desse tipo. São criadas espontaneamente, sem incentivo especial, e não geram problemas de escassez, salvo, talvez, se forem notadas como em vias de desaparecimento e que se considere destinar recursos para preser-vá-las. Podem ser utilizadas por uma pessoa sem diminuir a utilidade que tenham para outras, sendo, em geral, difícil excluir qualquer um do seu uso. São facilmente copiadas. Tais características aproximam-nas dos *bens coletivos*. Já examinamos, em capítulo anterior, por que a produção de bens com tal característica oferece problemas no mercado privado.[13]

985 O direito adota, em relação às informações comunicáveis, o princípio ge-ral da livre circulação, admitindo reservas para exceções específicas. Se toda decisão tomada no mercado pressupõe que o agente que decide deve ter, à sua disposição, um conjunto de informações, a livre circulação da informação des-tina-se a facilitar o funcionamento do mercado. Esse princípio é acompanha-do por outro, segundo o qual convém desencorajar o comportamento de se pôr em circulação informações falsas. A informação falsa pode minar o funcio-namento do mercado. Reflexo jurídico desse princípio aparece, por exemplo, nas disposições que sancionam o dolo, a fraude, a publicidade enganosa, o uso de falsidade e até a nulidade relativa do contrato celebrado mediante erro.

986 Há informações "comunicáveis" que não seriam produzidas, ao menos com frequência, sem especial incentivo: um livro, uma compilação de ende-reços, uma obra artística, uma comédia musical, um desenho arquitetônico, uma descoberta científica, o avanço tecnológico etc. Tais criações são escassas em um sentido, mas a escassez não está no objeto mesmo da criação, que, em geral, seria caracterizado como bem coletivo, em oposição a bens materiais que se esgotam com o uso, pois podem, usualmente, ser utilizadas indefini-damente, sob reserva de seu desuso (obsolescência), diante de informações mais recentes.

987 Tais criações não são abundantes. Sua escassez provém do fato de os talentos e energias do compilador, ou do criador, poderem ser voltados para outra coisa. Necessário haver incentivo para investir em criar uma coisa e não outra. Onde a inventividade estiver à margem do trabalho cotidiano, o incen-tivo pode derivar – "automaticamente" – do rendimento acrescido que o cria-dor obtém graças à invenção. Se ele recorrer à repetição, a criação se converte em *bem de capital,* que justifica esforço superior a ele dedicado comparado com qualquer coisa que seja consumida com o primeiro uso.

988 A questão foi objeto de debate entre dois célebres economistas, Arrow e Demsetz.[14] Analisando as peculiaridades da informação, Arrow concluiu que

13. Ver explicação no capítulo sobre as relações entre pessoas.

14. Arrow 1962/1971; Demsetz 1969/1971.

haveria subinvestimento (em comparação com uma situação ideal) em inven-ção e pesquisa, porque há risco de que o produto não seja propriamente ade-quado e haja economias de escala na sua utilização.[15] Dessa forma, concluiu, impor-se-ia financiamento público. Demsetz contestou a conclusão acusando Arrow de adotar abordagem *nirvana,* sonhadora, imaginária: comparar a rea-lidade com um ideal. Ao contrário, segundo ele, conviria adotar como abor-dagem comparar instituições reais imperfeitas. A intervenção corretiva tem inconvenientes e, por isso, não se pode, *a priori,* afirmar que seja menos im-portante do que aquilo que se pretende corrigir. Os inconvenientes não são aberrações excepcionais, mas, ao contrário, fazem parte das coisas da vida que nossa concepção de eficácia deve levar em conta. A discussão de Demsetz visa a demonstrar que a inventividade foi deslocada de forma descentralizada para encontrar respostas – parciais – aos problemas apresentados. O risco de carona pode, por exemplo, ser restringido por modelos contratuais entre interessados, como mostramos no capítulo anterior sobre vegetais, na França, antes de seu reconhecimento legislativo. O desafio está em conceber arranjos institucionais que forneçam incentivos à experimentação, com apoio (inves-timento) a resultados promissores, embora, ao mesmo tempo, expor-se, ao teste de eliminar o que não for promissor.[16]

989 O problema do incentivo – interesse que orienta os talentos criativos para um dado tipo de criação ao invés de outro – aparece de forma cada vez mais aguda na medida em que, graças à descoberta de técnicas de produção e difu-são em massa (impressão, produção industrial etc.), os frutos da criatividade e da inventividade podem ser disponibilizados ou comunicados a multidões, número muito maior do que o das que conhecem o criador pessoalmente: se uma parte dos ganhos que todos os beneficiários auferem graças à utilização da criação puder ser reunida para servir de apoio ao encorajamento do cria-dor, isso representaria interesse muito superior ao ganho que o inventor pode obter pelo seu trabalho e contactos pessoais – incentivo bastante poderoso. Torna-se interessante procurar instituições suscetíveis de "concentrar" os in-centivos aos criadores para que se dediquem à atividade criadora ou inventiva em proveito da comunidade. O benefício da comunidade decorre de que cada um possa, facilmente – em comparação com a situação em que o inventor mantém segredo –, servir-se da invenção de outrem.

990 A essa utilidade, usar diretamente a invenção de outrem, some-se uma segunda vantagem, provavelmente ainda mais importante. A informação, em geral, tem caráter *cumulativo*.[17] Uma invenção ou criação raramente é feita *ex nihilo:* quase sempre é construída por estruturas ou informação conhecidas.

15. Arrow 1962/1971, 152.
16. Demsetz 1969/1971, 182.
17. Elkin-Korin/Salzberger 2003, 55; Nelson 1994, 2677.

Cada invenção pode tornar-se trampolim para a próxima. É a inovação por *filiação*. Como explicou um autor, o criador se alça sobre as espáduas de gi-gantes.[18] Sabemo-lo na área das ciências. No campo das tecnologias, pode-se constatá-lo na fonte da interoperabilidade ou compatibilidade de sistemas, e na pesquisa de padrões comuns (*standards*),[19] e, ainda, na preocupação de garantir acessibilidade às facilidades essenciais.[20] O progresso da humanidade se faz sobre o acúmulo.

991 Para favorecer o acúmulo de conhecimentos, é preciso facilitar aos cria-dores, para futuras criações, que tenham acesso às criações existentes. Todo aumento de custo no acesso às criações existentes tende a reduzir a inova-ção por filiação; um monopólio durável de criações existentes travaria se-riamente, no longo prazo, a criatividade global de uma sociedade. Pode-se considerar que as instituições se prestam para estimular a criatividade e a inventividade, sendo essenciais nas considerações voltadas para o acúmulo de conhecimentos.

2. ESTIMULAR A CRIAÇÃO DA INFORMAÇÃO

a. *Resumo*

992 Ao longo da história, conjunto de práticas visando a estimular a criação foi implementado:[21] outorgas, subvenções, bolsas, patrocínio, pensões ou ren-das atribuídas aos criadores; loterias, prêmios, medalhas e outras honrarias; incentivos fiscais, monopólios de certas atividades,[22] contratos de aprovisio-namento (notadamente para invenções militares) e propriedade intelectual. Podem-se acrescentar o segredo e a confidencialidade, que permitem que o titular utilize a informação de forma exclusiva e, eventualmente, a partilhe, de modo seletivo, por via de contrato. Ou seja, o tempo necessário para se im-plantar uma nova forma de produzir um dado bem dá à pessoa que primeiro teve a ideia prazo para tornar sua invenção rentável.[23]

18. Ideia evocada no título de artigo de Scotchmer (Scotchmer 1991).

19. Economist 2005, 4; Elkin-Koren/Salzberger 2003, 41, 83; Tirole/Henry 2003, 26.

20. Lévêque/Meunière 2003, 105; Tirole 2003a, 5, 27.

21. Mokyr 1990, 177. A perspectiva comparativa das instituições é expressamente adotada em Kieff 2001, 2004 e Kieff/Paredes 2004.

22. O abuso dessa fórmula pelos reis da Ingleterra deu lugar, nesse país, ao Statute of Monopolies (An act concerning monopolies and dispensations with penal laws and the forfeiture thereof) de 1624, 21 Jac I, c. 3, <http://ipmall.info/hosted_resources/lipa/patents/English_Statute1623. pdf>.

23. Em inglês: *first mover advantage* (vantagem do primeiro jogador).

993 Cada um dos métodos revela, ao longo do tempo de uso, vantagens e inconvenientes; nenhum é perfeito. Contudo, seria falso concluir que se pu-desse dispensá-los. O exemplo da China ilustra, de forma dramática, o que ocorre. Relata Mokyr a respeito de um conjunto de invenções feitas na Chi-na antes do século XV. A China era, na época, a sociedade mais poderosa e desenvolvida do mundo. Os chineses tinham descoberto, muito antes de os europeus os conhecerem e utilizarem:[24] a rédea para cavalos, o ancinho, o car-ro de mão, o forno para fundir metais, a bússola, o papel, a porcelana, a laca, a seda, explosivos, o guarda-chuva, o baralho de jogos, para citar algumas descobertas.

994 Os chineses tinham desenvolvido jangadas de grandes dimensões aptas a navegar pelos oceanos. Tinham explorado as costas da Ásia e da África e des-coberto as Américas do Sul e do Norte, a crer no recente e interessante estudo de Menzies.[25] Interessante é a China ter abandonado esses avanços.[26] Uma decisão imperial da administração da dinastia Ming bastou para fazer cessar completamente tal desenvolvimento: destruição de grandes frotas, interdição para construir grandes jangadas nos estaleiros chineses – o saber técnico para a construção desses navios fora já perdido em 1553;[27] o fechamento das fron-teiras ao comércio com o exterior. Para escopo deste livro, interessa lembrar a aparente ausência de instituições descentralizadas, capazes de garantir a re-muneração dos inventores bem como a manutenção e difusão sistemática das invenções, e, também, a notável capacidade do poder político de fazer cessar a acumulação do saber e sua aplicação em importante setor da economia. Se a inventividade e precocidade da cultura chinesa causam admiração, o que requer explicação é o que se seguiu: o desaparecimento e perda do saber.[28]

995 No início da Idade Média, o Ocidente, por sorte ou por destino, levou adiante pesquisa sobre os melhores meios para estimular a criatividade.[29] A acumulação de saber era considerada essencial. Continua-se a reflexão sobre os meios e o que foi descoberto, suas vantagens e inconvenientes. Na falta de outra opinião uma invenção pode, sempre, ser protegida pelo segredo. O se-gredo permite que o possuidor tire proveito de sua criação ou invenção, desde que a mantenha para si ou dentro de sua família. Ao não partilhar a informa-ção, o criador se priva de receitas que o uso por outros poderia lhe trazer, e priva a sociedade dos avanços que poderiam ser feitos por outros a partir de

24. Mokyr 1990, 209-218, Jones 1987, c. 11.

25. Menzies 2002; também Boldrine/Levine 2005, c. 10.

26. Jones 1987, 204 fala de "*inexplicable withdrawal*".

27. Jones 1987, 205.

28. Landes 1998, 339.

29. Rosenberg/Birdzell 1986; a fonte do sucesso é disputada: Mokyr 1990, 247-252. Ver também Jones 1987.

sua invenção. Compreende-se a decisão dada a falta de técnicas efetivas de “cercar” ou de reconhecimento de direito negociáveis, como substituitos: ele busca o melhor rendimento, monetário ou reputacional, levando em conta as restrições existentes, jurídicas e outras. O perigo reside no fato de a informa-ção mantida em segredo morrer com seu detentor, enquanto outrem pode-ria utilizá-la como trampolim para aperfeiçoá-la após a morte do primeiro.[30] Cremos, por exemplo, que uma parte do saber fazer, preciosa em matéria de construção de violinos, teria sido perdida em virtude dos segredos mantidos por causa de ciúmes. A perda, aqui, é cumulativa, contrapartida do que teria sido o acúmulo de conhecimentos.

996 O direito codifica o uso de segredos sob forma de sigilo de fabricação ou comercial, aquele cujo uso é reservado e o abuso sujeito a sanção.[31] O segre-do comercial tem a desvantagem de ser um direito precário. Isso complica a divisão ou transferência conforme o número de pessoas envolvidas nessa con-fiabilidade. Como o potencial adquirente do segredo garante que o vendedor tem título lícito sobre o segredo, e, sobretudo, que ele não está obsoleto ainda
que sem seu conhecimento?[32] E se o possuidor do segredo buscar financia-mento para desenvolver sua atividade, como oferecer o segredo em garantia? Tais dificuldades refletem os importantes custos de transação associados a esta instituição, propriedade intelectual, examinados adiante.[33]

997 Gallini e Scotchmer fizeram breve comparação de regras entre preços (como recompensas ou chamarizes), contratos de fornecimento e propriedade
intelectual, como meios de estimular a criatividade.[34] Os preços (e geralmente as outorgas pessoais) levantam a questão de se garantir que a inventividade, assim estimulada, recaia sobre um objeto muito valorizado pela comunidade mais do que o projeto preferido pelo dirigente ou as preferências particulares do júri. Às vezes, nos servimos do bom uso dessa fórmula para estimular desenvolvimento mais preciso. Exemplo célebre é o preço de £ 20.000 pro-metido a um parlamentar inglês, em 1714, para o desenvolvimento de um cronômetro marítimo preciso que permitisse medir a longitude com limite de
tolerância de meio grau.[35] O preço, finalmente acordado, o foi com o relojoei-ro William Harrison, em 1765.

30. Mokyr 1990, 29.

31. No Code Civil du Québec, a instituição do segredo comercial e a complementar, da obrigação de confidencialidade, originárias da *common law*, não são definidas diretamente, mas são ao menos lembradas nos arts. 1472 e 1612; 2088, 2089, 2095.

32. Kitch 1979, 690.

33. Heald 2005.

34. Gallini/Scotchmer 2002.

35. Mokyr 1990, 250 (nt 11) e Sobel 1995.

998 Contratos de fornecimento são interessante mecanismo quando se trata de provocar um desenvolvimento bem determinado. Muita criatividade em matéria de pesquisa pura ou aplicada, mas também nas artes, não seria, dessa forma, facilmente predefinida.[36]

999 Examinemos o instituto da propriedade intelectual, em que o historiador Mokyr, ao tratar do sistema de patentes, escreve que "não obstante as im-perfeições do sistema [...], qualquer outra forma de proteção funciona ainda menos bem".[37]

b. A propriedade intelectual

1000 Primeiro aspecto a examinar concerne à ligação entre propriedade inte-lectual e propriedade de bens corpóreos – a propriedade clássica.[38] No capítu-lo precedente, tratando da propriedade de bens corpóreos, observamos que é a escassez emergente o que faz com que as pessoas percebam a necessidade de criar instituições para administrá-la, conferindo a propriedade ao primeiro chefe. Pode-se dizer que a escassez *atrai* a propriedade.

1001 Facultando-se a transposição desta observação para o domínio da pro-priedade intelectual, de notar que o interesse da propriedade intelectual surge em época na qual o talento criador se torna raro, ou seja, a especialização na atividade criativa torna-se lucrativa. Tal percepção poderia emergir a partir da possibilidade de difusão em massa, e aplicação em larga escala, dos frutos da criação graças aos avanços técnicos como a impressão, a melhora dos trans-portes e a produção industrial.

1002 A primeira lei sobre patentes, em Veneza, no século XV,[39] e a regulamen-tação das criações culturais[40] (tendo igualmente o escopo de censura), nos séculos XVI e XVII,[41] depois a primeira legislação sobre direito de autor, na Inglaterra, no início do século XVIII parecem compatíveis com tal dinâmica. Compreende-se, desde então, por que os direitos de propriedade intelectual apareceram em passado relativamente recente da humanidade, enquanto a propriedade dos bens corpóreos é conhecida desde o início dos tempos.

1003 A propriedade intelectual toma emprestados da propriedade clássica o efei-to incentivo e a exclusividade, ambos necessários para o efetivo funcionamento

36. Ver, por exemplo, Nelson 1959, 2005.

37. Mokyr 1990, 250.

38. A questão já foi objeto de controvérsias no século XIX: ver Machlup/Penrose 1950.

39. Nard/Morriss 2004; Mossoff 2001.

40. Como, por exemplo, o Licensing Act de 1662.

41. Seignette 1994; Hesse 2002; Sherman/Bently 1999, que sustentam que o início da propriedade intelectual não pode ser fixado de modo tão preciso na história e que o significado das primeiras legislações na matéria não eram evidentes para os contemporâneos.

de tal direito.[42] Como na propriedade clássica, o efeito estímulo é *descentraliza-do:* a medida do estímulo depende do sucesso que o criador (ou intermediário que, por via do contrato, ganha destaque) tem no convencer outras pessoas a adquirirem os frutos de sua criação. É o julgamento de numerosos adquirentes individuais que decidirá quanto ao interesse global da criação e não o de um detentor do poder ou de outro dignitário ou mecenas. Ao mesmo tempo, a propriedade intelectual é *não paternalista:* o direito é disponível mediante, even-tualmente, um mínimo de formalidades a serem atendidas, sem julgamento discricionário. Enquanto a criação é custosa e arriscada (pesquisa), a garan-tia de poder-se obter um direito intelectual tende a favorecer o investimento. Ou seja, ao permitir, como a propriedade clássica, criar mercados, a proprieda-de intelectual põe *um preço* em toda criação, o que tende a melhor orientar os talentos criativos, voltando-os para criações mais valorizadas pelos eventuais adquirentes. Como objeto negociável, permite coordenar a ação de múltiplos intervenientes cuja contribuição seja necessária para que a invenção se traduza em objeto que possa ser adquirido e utilizado.[43]

1004 Todavia, a propriedade intelectual não é cópia perfeita da propriedade clássica.[44] Nesta, a exclusividade é a medida necessária para seu funciona-mento. Como visto, a informação, na maioria de suas manifestações, não se presta bem à exclusividade. Certo, a inventividade humana tenta, também aqui, superar as restrições naturais e encontrar formas de fechamento, de cercas,[45] enquanto outras são engenhosas exatamente no superar a cerca, le-vando à emergência do espectro de uma espécie de convocação às armas.[46] A experiência histórica leva à conclusão de que só o apoio da autoridade pú-blica permitiria brecar a continuidade desse curso e garantir uma exclusivi-dade relativamente efetiva e estável. Na era do espaço cibernético, o *Tratado da OMPI sobre direito de autor* (Organização Mundial da Propriedade Intelec tual) (1966)[47] e os instrumentos, visando a transpô-los para as legislações nacionais, ou regionais – nos Estados Unidos da América, o *Digital Millenium Copyright Act;*[48] na União Europeia a *Directiva 2001/29/CE, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação,*[49] estão baseados nessa abordagem.[50]

42. Vantagens já enunciadas em Mill 1848/1985, 5.10.4, p. 296.

43. Kieff 2001.

44. Landes & Posner 2003b, 414-415.

45. Mackaay 1997.

46. Elkin-Koren/Salzberger 2003, 58 ss.

47. <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html>.

48. Public Law 105–304 – oct. 28, 1998, 112 Stat. 2860. Ver estudo de Nimmer 2004.

49. JOCE de 22.6.2001, L 167/10.

50. Elkin-Korin/Salzberger 2003, 59.

1005 O escopo desse apoio legislativo, quanto ao fato de que a informação, considerando sua natureza, em geral cumulativa, deve ser comunicada, par-tilhada. A proteção conferida pelo poder público visa a garantir o direito (e, portanto merece apoio, a remuneração para o criador), obtida mediante a criação, usualmente objeto de interesses industriais concentrados, enquanto os consumidores, os que pagam a conta, não sendo tão bem organizados, têm dificuldade para se opor de forma eficaz. *Public choice* explica a perversidade decorrente de tal assimetria. Em que medida essa proteção da propriedade intelectual, indaga-se, gera o risco de aumento do custo de futuras criações e, portanto, de atrasar ou impedir sua realização. No limite, a proteção da criação impediria quase qualquer outra criação futura (com exceção da que não se apoiar em alguma existente), o que significa empregar o poder público para fim de assegurar uma renda aos atuais criadores, ao risco de estagnação futura por ausência de criatividade. Este um dos efeitos perversos da busca por rendas, admitido ou suportado pelo poder público, fenômeno já examina-do no capítulo sobre a ordem pública e o poder.[51]

1006 O que se dá com a critividade em setor no qual o Estado lhe confere real monopólio? Exemplos diretos podem ser encontrados nos monopólios confe-ridos pelos monarcas na Renascença, e cuja prática, ao menos na Inglaterra, foi submetida ao *Statute of Monopolies,* de 1623.[52] Tendo presente o contexto bastante modificado, permitimo-nos buscar exemplo mais recente, não dire-tamente ligado à propriedade intelectual, conquanto possa esclarecer quanto ao efeito do monopólio: o mercado de telefonia na América do Norte, no início dos anos 1970. O serviço de telefonia, considerado então monopólio natural, fora proposto pelas empresas que faziam parte do império Bell (A,T&T), mas que eram privadas e submetidas à regulamentação estatal para fixação das tarifas. O objetivo dessa regulamentação era permitir que as empresas aufe-rissem lucros adequados conforme o montante do capital investido, sem que pudessem se engajar em práticas monopolistas em detrimento dos clientes. A indústria telefônica norte-americana da época argumentava que oferecia aos consumidores o melhor sistema de telefonia do mundo às melhores tarifas. Os laboratórios Bell faziam descobertas fundamentais que eram regularmente recompensadas com preços interessantes.[53]

1007 E quanto aos consumidores? Sua opção quase exclusiva era a locação de telefones de disco, pretos – indestrutíveis, é preciso admitir. Por um apa-relho branco, ou com botões, era preciso pagar um suplemento mensal. A instalação era feita apenas por técnicos da Bell. Na metade dos anos 1970, tentou-se, nos Estados Unidos da América, tímida experiência: a de “liberar”

51. Ver também Samuelson 1996.

52. 1624, 21-22 James I, c. 3.

53. Kay 2004, 258.

o mercado de aparelhos que poderiam ser conectados na rede de telefonia (*InterConnect*). O efeito foi imediato e dramático: proliferação de novos apare-lhos e novas funções apareceram. A vaga inovadora, em poucos anos, chega a todo o mundo desenvolvido. A desregulamentação se estende à maior parte dos serviços telefônicos. Pode-se pensar que o desenvolvimento da Internet e o da telefonia móvel não teriam ocorrido, ou ao menos não tão rápido, sem aquela desmonopolização. Aqui, como em outras áreas, a concorrência é po-deroso processo de descoberta.

1008 Pode-se extrapolar, nessa direção, para a propriedade intelectual, clara lição: o monopólio garantido pelo Estado não limita a inventividade – o caso dos grandes barcos chineses é excepcional; ele o reorienta em direção a cria-ções ou invenções que interessam aos criadores – como as pesquisas nos labo-ratórios Bell – mas que, não necessariamente, aproveitam aos consumidores. A dificuldade é que o efeito de retardamento não é visível salvo retrospectiva-mente, depois da supressão do monopólio: *enquanto o monopólio existir não nos damos conta da criatividade de que nos privamos.* Se os direitos intelectuais criados pela legislação levarem a efeito monopolístico forte, ou muito forte, poderão desviar a criatividade do que é mais desejado pelos consumidores para formas que mais convenham à indústria, sem que isso seja fácil determinar como isso impede a manifestação da criatividade.[54] Esse efeito perverso pode aparecer mesmo se os consumidores continuarem a adquirir, em grande quantidade, o produto em questão (como os serviços telefônicos mediante discagem). Gra-vações em domicílio (por videocasste), a partilha de arquivos Napster, Kazaa, Grokster, Gnutella, Morpheus entre outras formas de comunicação P2P, con-sideradas, ao menos na origem, como simples ferramentes de pirataria que deveriam ser erradicadas, poderiam ser o meio preferido dos consumidores? O recurso a computadores mediante programas de sistema aberto (*open sour-ce*) e a criação dos *creative commons* no início do terceiro milênio, devem ser en-tedidos, interpretados, da mesma forma? Qualquer que seja a resposta, dada a impossibilidade de apreender diretamente o efeito de um monopólio muito acentuado, possível, ao menos, descrever os senários e efeitos perversos, com risco de serem produzidos.[55]

1009 Em artigo, recente Lemley descreveu cinco efeitos desse processo.[56] Efeito monopolista de maiores, ou mais amplos direitos intelectuais seriam: produ-ção menor, estreita (com perda líquida);[57] bloqueio, resultante das dificulda-des de acesso, pelos criadores de filiação, o que inclui o efeito *anti-commons,*

54. Sag 2006, ad nt. 97; Benkler 2002.

55. Werin 2003, 32.

56. Lemley 2005, 1058-1059.

57. Em inglês, *deadweight loss* (peso morto). Ver o capítulo sobre o mercado e a concorrência – seção que trata do monopólio.

apontado por Heller e Eisenberg;[58] as perdas resultantes de pesquisa extrema-mente custosas (nos Estados Unidos da América, em particular), de contra-fações de patentes, a inútil duplicação de pesquisas tentando ser o primeiro a requerer a patente (corrida por patentes). O que se conhece a respeito do funcionamento das indústrias, aí incluídas as culturais, é compatível com os fenômenos esquematizados.[59]

1010 A perda líquida pode ser reduzida mediante recurso – largamente praticado – à discriminação de preços;[60] produz-se quantidade necessária para satisfazer o conjunto de pessoas aptas a adquirir o produto ou serviço em situação con-correncial, mas se vende a preços que variam conforme a capacidade de pagar, capturando, assim, a maior parte do excedente do consumidor.[61] Sobre outros efeitos lembrados por Lemley, de ampliação impensada ou imprudente de direi-tos, nada permite supor sejam evitados. Serão difíceis de detecção direta.

1011 Se o recurso ao do poder público para definir direitos de propriedade deve ser inspirado pelo escopo de maximizar o bem-estar social (mais do que satisfazer buscas por rendas), põe-se, para a propriedade intelectual, delicada questão de saber-se em que medida deve-se, para remunerar a criação que já se percebe interferir com a potencial criatividade futura, sobretudo se nela baseada ou fundada.[62] Teoricamente desejaríamos *maximizar o nível total de criatividade na sociedade no longo prazo,* ou seja, as invenções que se traduzis-sem em inovações aproveitando o escopo em linha com o interesse dos con-sumidores.[63] Essa ideia aparece em inúmeras decisões recentes da Suprema Corte do Canadá. No caso *Théberge*, a Corte declarou como objeto da lei sobre o direito de autor como segue: "établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt Du public, de la création et de la diffusion des oeuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément l'assurance que personne

58. Heller 1998; Heller/Eisenberg 1998.

59. Jaffe/Lerner 2004; Tirole 2003, 2005; sobre a disfunção da patente, ver também Geller 2004.

60. Ver o capítulo sobre o mercado e a concorrência na primeira parte.

61. Viscusi et al. 2003, 2005, c. 9, p. 293 ss.

62. O equilíbrio a ser buscado foi claramente expresso em artigo fundador em 1979 : "The central problem considered by modern analysts has been the conflict between the social goals of achieving efficient use of information once produced versus providing ideal motivation for production of in-formation." (Hirshleifer/Riley 1979, 1404). Simonnot destaca que, desde sua instituição no século XVIII, a patente foi considerada "como compromisso frágil entre a necessidade de estimular a ino-vação e a crença de induzir à constituição de monopólio." (Simonnot 2005, 3, conclusion nº 2). Ver também Correa: "The greater the rights (and hence the financial incentives to invest in knowledge production) exercised by one generation of knowledge producers, the greater the cost to the next-generation producers – and the lower their incentives to further develop that knowledge." (Correa 2005, 2); Lemley 1997, 1084. Ver também mais especialmente para o direito de autor, Geller 1998.

63. Perspectiva que se reencontra em Ramello, 2005.

d'autre que le créateur ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés)".[64]

"estabelecendo equilíbrio entre, de um lado a promoção no interesse do público, a criação e a difusão de obras artísticas e intelectuais e, de outro lado, a obtenção de justa recompensa pelo criador (ou mais precisamente, a garantia de que nenhuma outra pessoa além do criador, poderá se apropriar dos benefícios que poderiam ser gerados)".

e

"Un contrôle excessif de la part des titulaires du droit d'auteur et d'au-tres formes de propriété intellectuelle pourrait restreindre indûment la ca-pacité du domaine public d'intégrer et d'embellir l'innovation créative dans l'intérêt à long terme de l'ensemble de la société, ou créer des obstacles d'or-dre pratique à son utilisation légitime."[65]

"Um controle excessivo pelos titulares do direito e de outras formas de propriedade poderia restringir indevidamente a capacidade do domínio público de integrar e aper-feiçoar a inovação criativa no interesse de longo prazo de toda a sociedade, ou criar obstáculos de ordem prática para sua legítima utilização."

A fórmula é retomada no caso *CCH:*

"l'objet de la Loi sur le droit d'auteur était d'établir un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt public, de la création et de la diffusion des oeuvres artistiques et intellectuelles, d'une part, et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur, d'autre part".[66]

"o objeto da lei sobre o direito de autor for estabelecer justo equilíbrio entre a promo-ção, no interesse público, da criação e difusão de obras artísticas e intelectuais, de um lado e a obtenção de justa recompemsa para o criador de outro."

1012 Parece difícil operacionalizar esse objetivo. Como avaliar ou valorizar in-venções futuras das quais não se conhecem nem a probabilidade nem a utili-dade para os consumidores? O enunciado do objetivo permite, não obstante, extrair prudente conclusão relativa à concepção da propriedade intelectual. Admitindo que a propriedade intelectual se inspire, para fins de estímulo, na propriedade clássica, é de concluir que dela se distingue pelo fato de, na raiz, a exclusividade necessária para remunerar a criação deve ter como limite a

64. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, 2002 CSC 34, 2002), 210 D.L.R. (4th) 385;(2002), 17 C.P.R. (4th) 161; (2002), 23 B.L.R. (3d) 1, <http://www.canlii.org/ca/jug/csc/2002/ 2002csc34. html> NO § 30.

65. Id. § 32.

66. CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; <http:// scc.lexum.umontreal.ca/fr/2004/2004csc13/2004csc13.html> no § 23.

necessidade de manter aberta a porta para a criatividade futura. *A estrutura de todas as formas de propriedade intelectual deve refletir esse equilíbrio*.[67] Encontra-se, aqui, a confluência entre o interesse do criador e o geral, sempre lembrado na doutrina a respeito de propriedade intelectual. Essa confluência não é fortui-ta, ao contrário, resulta dos fundamentos da propriedade intelectual.

1013 O equilíbrio essencial pode ser garantido na estrutura interna da pro-priedade intelectual, como veremos ou, ainda, por uma série de outras insti-tuições, muitas de iniciativa privada: arranjos contratuais como as licenças, voluntárias ou obrigatórias, ou comunidades de partilha, pagantes (*patent po-ols,* licenças cruzadas),[68] ou não, (*open source*;[69] *open content*;[70] *copyleft, creative commons*).[71] Como derradeiro recurso, pode-se recorrer à lei concorrencial.[72] Para a Europa, as decisões *Magill* e *IMS Health,* da Corte de Justiça das Comu-nidades europeias são exemplos.[73] Tal perspectiva nos leva a comparar insti-tuições, cabendo a escolha quer diretamente aos agentes privados, quer aos públicos, solicitados por grupos de agentes privados, segundo lógica que a *Public Choice* pôs em evidência.[74]

1014 Pode-se, agora, precisar a relação entre a propriedade clássica de bens tan-gíveis e a intelectual. No campo dos bens tangíveis a escassez acaba, sempre, por nos impulsionar na direção da inventividade humana. A propriedade ser-ve para administrar essa escassez e evitar caronas ruinosas (superconsumo, subprodução). Pode ser aplicada a todos os objetos, mantendo sob reserva os espaços públicos. A informação, por contraste, não é naturalmente escassa, ao contrário, é, na maior parte dos usos, inesgotável. No campo dos bens intangíveis não é, pois, imperativo controlar a carona, exceto se necessário para garantir a remuneração do talento criador (que é raro, escasso), preser-vando a facilidade de filiação, que, *a priori,* seria mais bem servida pelo livre acesso. A propriedade intelectual é, nesse sentido, excepcional aplicando-se,

67. Mokyr 1990, 247; Elkin-Koren/Salzberger 2003, 52; Tirole 2005, 12-13; Vaver 1997, 5-6; Tirole 2003a, 9; Ghidini 2006, 24.

68. Carlson 1999, Merges 1999, Shapiro 2001.

69. Benkler 2001; Lerner 2000; Lerner 2005; Tirole 2003a, 30; Lutterbeck et al. 2006; Guibault/ van Daalen 2006; Burk 2006.

70. Liang 2004.

71. Em francês: Bourcier/Dulong 2004; em inglês: Lessig 2004; Dusollier 2006.

72. Ver, entre outros, Economist 2005, 5; Kaplow 1984; Gallini/Trebilcock 1998; Cohen/Noll 2001; Hovenkamp 2005; Kallay 2005; Dreyfuss Cooper 2005a, 11; Tirole 2003a, 10; Arezzo 2006, que examina as diferenças entre os Estados-Unidos da América e a Europa a esse respeito.

73. *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Commu-nautés européennes*, CJCE C-241/91 P et C-242/91 P de 6/5/1995 (affaire Magill); IMS Health GmbH & Co OHG c. NDC Health GmbH & Co KG, CJCE C-418/01 de 29/4/2004. Ver, também, Derclaye 2002.

74. A perspectiva comparativa das instituições está expressamente adotada em Kieff 2001, 2004.

unicamente, aos bens que a ela sejam considerados suscetíveis, em condições restritivas e por tempo limitado, mas sempre na medida necessária para esti-mular a criatividade no longo prazo.

Seção 2

A estrutura da propriedade intelectual

1. OS PRINCIPAIS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

1015 A estrutura da propriedade intelectual parece refletir o equilíbrio essen-cial já apontado. Juridicamente, os direitos de propriedade intelectual são institutos excepcionais: não aparecem senão em casos especificamente re-conhecidos, sendo o regime básico a livre circulação da informação. Como para a propriedade em geral, convém indagar sobre os objetos que podem ser submetidos à propriedade intelectual, quanto ao titular, ou aos titulares, e levando em conta o caráter excepcional desses direitos, as condições de sua obtenção, a extensão da proteção – quer dizer as prerrogativas que compor-ta – e sua duração. Agrupamos essas considerações sob quatro rubricas: elas correspondem a parâmetros que são eixos de uma política legislativa e juris-prudencial da propriedade intelectual.[75]

1. Os objetos protegíveis e os potenciais titulares;
2. As condições para sua obtenção;
3. A extensão da proteção (prerrogativas e sanções, e seus limites);
4. A duração.

Convém examinar cada um dos principais elementos dos direitos de pro-priedade intelectual para determinar como são fixados e como esses parâme-tros evoluíram.

1016 A evolução pode revelar dois tipos de fenômenos. Pode espelhar a di-nâmica do direito que estende seu alcance a novos objetos (por exemplo, os computadores) e a novas práticas (como, atualmente, o *scanning* ou a trans-missão sem fio), postos à nossa disposição pelos avanços técnicos. Portanto, pode refletir, também, o sucesso crescente de grupos industriais concentrados

75. Tirole 2003a, 25 ("as patentes são objetos multidimensionais"); Dreyfuss Cooper 2005a, 7.

que conseguem se aproximar do (capturar o) legislador em busca de rendas, uma forma de desvio da missão primeira do direito.[76]

2. A PATENTE

a. *Objetos protegíveis e titulares*

1017 A patente, segundo fórmula canadense, inspirada no direito norte-ameri-cano, determina que a invenção pode recair sobre "toda realização, todo pro-cedimento, toda máquina, fabricação ou composição de matérias, bem como todo aperfeiçoamento de um deles".[77] O Código de propriedade intelectual francês é mais lacônico, dispondo ser patenteável toda invenção que preen-cher as condições para sua obtenção, o que será discutido abaixo, sem definir o termo.[78] O acordo ADPIC, concluído em Marrakech, em 1994, é mais explí-cito ao prever que os signatários garantam que a "patente poderá ser obtida para toda invenção, de produto ou de processo, em todos os campos tecnoló-gicos".[79] No conjunto, o espaço tradicional da patente é o plano material ou os procedimentos para sua manipulação.

1018 Se a fórmula da invenção for muito aberta, estará, nada obstante, sujeita a limitações, sobre as quais o texto francês é mais explícito. São excluídos de patenteabilidade, nos termos da lei, as descobertas, as teorias científicas e os métodos matemáticos, as criações estéticas, os planos, princípios e méto-dos no exercício de atividades intelectuais, em matéria de jogo ou no campo das atividades econômicas, bem como assim os programas de computador, as apresentações de informações.[80] O Acordo de Marrakech adiciona a essas categorias a possibilidade de exclusão "para proteger a ordem pública ou a moralidade, aí incluído, proteger a saúde e a vida das pessoas e dos animais, preservar os vegetais ou evitar sérios ou graves atentados ao meio ambien-te",[81] assim como "métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de pessoas ou de animais" e "vegetais e outros animais, além dos

76. Samuelson 1996 denuncia o Tratado da OMPI sobre o direito de autor (WCT) de 1996 como sendo o fruto de uma tal assimetria.

77. *Lei sobre patentes*, SRC, ch. P-4, art. 2, vo invention. <http://lois.justice.gc.ca/fr/p-4/14580. html>.

78. *Code de la propriété intellectuelle*, art. 611-10, § 1º: <http://www.irpi.ccip.fr/outils/code_partie. asp ? ID=2>.

79. *Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC*) *(Accord deMarrakech de 1994* – Annexe i C), art. 27, § 1º: <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf> (abaixo de Accord ADPIC).

80. Código da propriedade intelectual, art. 611-10, par. 2.

81. Accord ADPIC, art 27, par 2.

micro-organismos, e procedimentos essencialmente biológicos de obtenção de vegetais ou animais, além daqueles processos não biológicos e microbio-lógicos. Todavia os Membros previram a proteção de variedades vegetais por patentes, mediante um sistema *sui generis* eficaz, ou por combinação desses dois meios”.[82]

1018a. Nota da tradutora A lei brasileira sobre patentes, no art. 8º, requer que, para ser patenteável, a invenção atenda aos requisitos de novidade, ati-vidade inventiva e aplicação industrial. O art. 9º disciplina patentes de mode-los de utilidade, exigindo, igualmente, aplicação industrial e nova forma ou disposição que resulte em melhoria funcional no uso ou na fabricação. São excluídos da obtenção do privilégio (art. 10º) descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos, concepções puramente abstratas, esquemas, planos, princípios comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e fiscalização; obras literárias, artísticas, científicas ou criação estéti-ca, programas de computador em si, apresentação de informações, regras de jogo, técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, terapêuticos ou de diag-nósticos para aplicação no corpo humano ou animal e seres vivos naturais ou suas partes, materiais biológicos encontrados na natureza ou dela isolados, inclusive genoma ou gemoplasma de qualquer ser vivo natural e processos biológicos naturais.

A extensa relação acima evidencia o cuidado do legislador, ainda no sé-culo passado, em face de pesquisas genéticas e os potenciais efeitos que um monopólio sobre descobertas poderia ter na qualidade de vida. Quanto à in-venção por filiação, a lei os admite, apenas requer que a novidade não esteja compreendida no estado da técnica, ou seja, o que for acessível ao público antes da data do depósito do pedido de patentes, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, (art. 11). Dizem os arts. 13 e 14 que a ino-vação deve ser não óbvia para técnico no assunto e que o modelo de utilidade de decorra de maneira vulgar ou comum do estado da técnica. A inovação por filiação, portanto, deve atender a essas excludentes.

No Brasil a legislação sobre cultivares, em boa hora, facilita pesquisas que melhoram a qualidade da produção agrícola, conforme apontado atrás. Releva apontar a imputação de responsabilidade ao produtor de sementes e eventual reembalador, quanto ao que aquele asseverar em relação ao bem ofertado em mercado (art. 44 e segs. da legislação sobre cultivares). A produção de mudas deve ser precedida de inscrição de viveiros ou unidades de produção *in vitro.*

1019 Essas restrições podem ser explicadas para, primeiramente, evitar grande monopolização que comprometeria demais a inovação por filiação. Seria o caso de teorias científicas e métodos matemáticos, de planos, princípios e métodos utilizados no exercício de atividades intelectuais ou, ainda, apresentação de

82. Accord ADPIC, art 27, par. 3.

informação.[83] A exclusão de programas de computador, vegetais e animais superiores se justificaria da mesma forma. Essas informações não devem ser objeto de restrições à utilização que a patente impõe. O incentivo à inven-tividade, nessas matérias, deve estar baseado em outros métodos, como o reconhecimento profissional que se traduz em contratos de serviço lucrativos e nos preços, voltados para a pesquisa de base, notadamente na universidade, no lucro obtido em outras atividades que sejam as primeiras a utilizar tais descobertas, ou no explorar seu conhecimento especializado (domínio dos computadores).

1020 A exclusão dos métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos prevista na maior parte dos países, com exceção dos Estados Unidos da América e da Austrália,[84] se justificaria pela dificuldade de administração (como verificar o uso e cobrar?) ou, ainda, pela preocupação ligada à moralidade de manter livre, circulando, o conhecimento necessário para curar seres humanos (mas, nesse caso, por que excluir medicamentos e aparelhos que servem para tal finalidade?). No que concerne a questões de moralidade, elas desapareceram da lei canadense, assim como da lei norte-americana. Considera-se que os analistas do escritório de patentes que faziam os exames dos pedidos eram mal preparados para exercer esse tipo de julgamento, e se havia espaço para intervir. Isso caberia ao governo que teria melhores meios – debate público – à sua disposição.

1021 Essas exclusões são, atualmente, questionadas em virtude de iniciativas originadas nos Estados Unidos da América para que sejam ampliadas. Pro-curou-se com sucesso a proteção de seres vivos geneticamente manipulados, formas elementares, no início, e progressivamente as mais evoluídas, como o famoso camundongo de Harvard, geneticamente modificado para poder de-senvolver cânceres.[85] O Canadá, por decisão da mais alta Corte, negou supor-te a tal evolução, recusando o pedido de patente do oncocamundongo.[86]

83. Nelson 1959, 2005; Mackaay 2002; Tirole 2003; Burk 2006.

84. Vaver 1997, 131; para a Europa: Convenção sobre a patente europeia art. 52 (4). Para os Esta-dos Unidos da América: Chisum et al. 2004, 851 nota 7.

85. Diamond v. Chakrabarty, 65 447 U.S. 303 (1980), L.Ed.2d 144, 206 U.S.P.Q. 193 (1980) (SC US); Délivrance du brevet par l'Office européen des brevets application Nº 85 304 490.7 (Publica-tion Nº 0 169 672) (Souris oncogène/Harvard) (1992), JO OEB 1992, 588; EPO division d'appel – décision du 3 avril 1992 (<http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/v920006ep1. htm>); décision d'appel qui maintient le brevet : 6 juillet 2004 (Chambre de recours de l'office européen des brevets) <http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t030315ex1.pdf>.

86. President and Fellows of Harvard College v. Commissioner of Patents, 2002 CSC 76, [2002] 4 S.C.R. 45, mas o escopo dessa decisão de princípio deve, sem dúvida, ser temperada pela decisão subsequente da Corte, reconhecendo a patente de semente geneticamente modificada (Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser, [2004] 1 R.C.S. 902 (2004 CSC 34).

1022 Mais recentemente, a pesquisa genética ampliou as fronteiras do que pode ser patenteado. Uma empresa norte-americana, Myriad, obteve patentes sobre mutações de dois genes que revelam a tendência de seus portadores a desenvolver câncer de mama e testes que permitem diagnosticar essa possibi-lidade. A empresa usou a patente para demandar, em todo o mundo, a exclu-sividade de uso de seu método de detecção desse fenômeno. A licença prevê que toda amostra de tecido obtida para o teste deve ser enviada para análise no centro da empresa, em Salt Lake City, no estado de Utah, sendo os resul-tados incorporados ao seu banco de dados, mundial e controlado pela empre-sa.[87] O Bureau europeu de patentes, em Munique, recusou conceder patentes sobre tais mutações de genes solicitadas pela empresa norte-americana, mas as concedeu a uma fundação britânica comprometida em conceder licenças gratuitas a quem quer que as solicite para fins de pesquisa.[88] A questão que se põe, à margem desse debate, é a sabedoria em proteger, por patentes, fer-ramentas de pesquisa.

1023 Ainda sob o impulso das novas tecnologias pesquisou-se, e se obteve, nos Estados Unidos da América, patente de programas para computadores. Nos anos 1970, essa possibilidade fora, de início, descartada pelo fato de a essência da proteção que se reivindicava empregar métodos matemáticos, excluídos.[89] A brecha apareceu no requerimento de patente que apresentava o programa como meio para modificar o funcionamento de um computador e pedia a proteção do conjunto. Essa forma de apresentação baseou o pedido como bem tangível, domínio tradicional da patente. Em 1981, a Suprema Cor-te dos Estados Unidos da América aceitou patente requerida dessa forma.[90]

1024 A usual ligação aos bens tangíveis foi abandonada quando, em 1988, a Corte de Apelação do Circuito federal aceitou pedido de patente sobre

87. O *site* da empresa explica as patentes obtida: <http://www.cptech.org/ip/ health/firm/myriad. html>. A divisão de oposição do Escritório europeu de patentes havia inicialmente rejeitado em 25 de janeiro de 2005, as principais reivindicações de patente BRCA1 (ver site de uma oposi-tora: <http://www.curie.fr/upload/presse/myriadpatents310105.pdf>); mas em 29 de junho do mesmo ano, anunciou que a patente poderia ser mantida sob forma modificada <http:// www. european-patentoffice.org/news/pressrel/2005_06_29_e.htm> (brevet no EP 785216 <http:// v3.espacenet.com/origdoc?IDX=EP0785216&RPN=EP0785216&DOC=cca34af1984f0dcc88 41f9b67f37deae55>). A patente do gene BRCA2, requerida em 17 de dezembro de 1996, foi con-cedida em 8 de janeiro de 2003 (no EP 785 216), sendo objeto da oposição. Paralelamente, uma patente sobre esse gene, cobrindo mais aplicações, foi concedida a uma organização sem fim lucra-tivo britânica, Câncer Research UK (patente EP 858 467, requerida em 25 de novembro de 1996 e concedida em 11 de fevereiro de 2004). <http://www.curie.fr/upload/presse/myriadpatents 310105.pdf>.

88. Para exposição da posição europeia do caso, ver Orsi/Koriat 2005.

89. *Gottschalk v. Benson and Tabbot*, (1972) 409 U.S. 63 (US S Ct).

90. *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175 (1981), (1981) 101 S. Ct. 1048 (US S Ct).

métodos de gestão de carteiras de ações.[91] A Suprema Corte dos Estados Uni-dos da América, até agora, não se pronunciou sobre essa questão. Mais uma vez a Europa dissente não adota o que os tribunais norte-americanos admi-tem, vez que o Parlamento europeu recusou, em 6 de julho de 2005, aprovar (votar) diretiva que permitiria a proteção patentária para computadores.[92] É preciso lembrar que a *Convenção europeia sobre patentes,* em seu artigo 52(2-c),[93] expressamente, exclui o computador "nu". Os tribunais, no Canadá, jamais aceitaram patente de programas de computador, mesmo quando apresentados como integrantes do conjunto do qual seriam o elemento novo,[94] tendo sido adotada prática nesse sentido pelo Bureau de patentes, baseada no modelo dos Estados Unidos da América.[95] O Acordo ADPIC, no artigo 27, impõe aos países signatários a concessão de patentes "em todos os campos tecnológi-cos" e a garantir ser "possível gozar dos direitos patentários sem discrimi-nação quanto [...] à área tecnológica". Leitura razoável desse texto poderá incluir o programa de computador.

1025 Em geral, apenas o ou os inventores podem requerer a patente. Esse direi-to é passível de cessão. No caso de invenção realizada na vigência de contrato de trabalho, o empregador poderá ser o titular da patente mediante cessão, que, no Canadá, pode ser implícita se o inventor tiver sido contratado espe-cialmente para realizar a invenção, ou se a transferir voluntariamente (p. ex.: caixa de sugestões). A legislação francesa tem regulamentação detalhada da invenção pelo assalariado, prevendo, porém, a possibilidade de o empregador tornar-se titular da patente ou obter o direito de dela gozar.[96] Habitualmente

91. *State Street Bank & Trust Co v. Signature Financial Group*, 149 F.3d 1368 (Fed. Cir 1998), permissão para recorrer à Suprema Corte recusada 119 S Ct 851 (1999). Sobre efeitos previsíveis da introdu-ção da patente no mundo financeiro, ver Merges 2003.

92. Proposição de diretiva do Parlamento europeu e do Conselho relativa a patentes de inven-ções implementadas por computador. Para a história do projeto de directiva, ver <http:// europa. eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm ?CL=fr&DosId=172020>. Simonnot 2005 sustentou a ado-ção do projeto de diretiva.

93. <http://www.european-patent-office.org/legal/epc/f/ma1.html#CVN>.

94. *Schlumberger Canada Ltd. c. Comm. of Patents*, [1982] 1 F.C. 845, (1981) 56 C.P.R. (2d) 204 (CF); notável, decisão da Corte de Apelação de Paris do mesmo dia reconheceu a validade da patente (CA Paris 15 juin 1981, Gaz. Pal. 1982, 2 368). Ler Lucas et al. 2001, nº 516 ss., p. 307 ss.

95. Repertório de práticas do Bureau de patentes (Canadá) enuncia, no § 16.03.02, revisto em fevereiro de 2005: O programa apresentado na forma de modelo de dados ou algorítmo é automa-ticamente excluído da patente em virtude do parágrafo 27(8) da Lei sobre patentes, assim como as fórmulas matemáticas, e é considerado como o equivalente de simples princípio científico ou de um teorema abstrato. Entretanto, o objeto ligado ao computador não está excluído da patente se satisfizer os critérios tradicionais de patentabilidade. O programa integrado a um bem tradi-cionalmente patenteável pode ser patenteado. <http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrksv/cipo/patents/ mopop/ch16-f.pdf>.

96. Art. L. 611-7 CPI.

os contratos de trabalho, de prestação de serviços ou de empresa, celebrados com o inventor preveem, expressamente, a cessão da patente.

1025a. Nota da tradutora O art. 88 da lei de patentes brasileira determina que a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empre-gador quando resultantes de pesquisa ou atividade inventiva do contratado, ou resultarem da natureza dos serviços para os quais tenha sido contratado. O empregado será titular exclusivo da invenção ou modelo de utilidade que tenha desenvolvido se desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamen-tos do empregador. Essa regra evita oportunismos do empregado e carona do empregador (art. 90). Já o art. 91 prevê a comunhão entre empregado e empregador se houver combinação de recursos materiais e pessoais para o resultado.

1026 Na hipótese de pluralidade de invenções mais ou menos simultâneas, o primeiro a apresentar o requerimento obtém a patente (*winner takes all*),[97] o que estimula todos a se apressarem e favorece a rápida circulação do conheci-mento, do saber. Os Estados Unidos da América conferem o direito à pessoa que foi a primeira a inventar e admitem, ainda, em ação de contrafação de patente sobre um método, como meio de defesa o uso anterior.[98] A regra pode criar problemas práticos de prova nos seus dois componentes.

b. Condições de obtenção

1027 Para se obter uma patente, é preciso preencher muitos requisitos. Como em todos os casos de direito de propriedade intelectual, salvo o direito de autor, necessário requerer a patente tanto para obtê-la inicialmente, quan-to para eventuais prorrogações até o tempo máximo de duração.[99] Deferido o pedido, a patente é registrada, podendo os registros ser consultados para conhecimento sobre a natureza e amplitude da patente (as reivindicações) e a identidade do titular. Qualquer cessão da patente deve, também, ser consig-nada nesses registros.[100]

1028 Mais importantes são as condições relativas ao grau de criatividade atin-gido. Para obter a patente, a invenção deve, em primeiro lugar, ser objeti-vamente *nova,*[101] entendendo-se por nova não ser parte de saber acumulado

97. Art. L. 611-6 CPI.

98. 35 US Code (c. 11) § 115: o requerente da patente declara sob juramento conhecer o inventor <http://www4.law.cornell.edu/uscode/html/uscode35/usc_sec_35_00000115----000-.html>; (c. 28) § 273: Defesa baseada no uso anterior.

99. Arts. 44 e 46, Loi sur les brevets (Canadá).

100. No Canadá, a cessão é feita por ato registrado (art. 50, loi sur les brevets (Canadá).

101. Art. 2, loi sur les brevets (Canadá) (V° invention); art. L611-10 do Código de propriedade intelectual; Accord ADPIC art. 27.

(em inglês: *prior art*) no setor de que se trate. Já no exame inicial do requeri-mento, esse requisito é verificado recorrendo-se, para tanto, à base de dados de patentes concedidas. O requerente deve precisar no que sua invenção se distingue de outras conhecidas. Essa exigência implica saber-se em que medida uma invenção pode ser divulgada – para "testá-la"–, em congressos científicos ou outras reuniões de especialistas antes que seja feito o reque-rimento de patente, o que teria como efeito fazê-la avaliar a novidade em relação ao saber acumulado. Os sistemas jurídicos norte-americanos admi-tem esse tipo de disseminação durante os 12 meses que precedem o reque-rimento da patente,[102] enquanto os europeus não o aceitam, não se prevê tal tolerância. O período de tolerância favorece a difusão do saber e, portanto, da inovação por filiação.

1029 Em segundo lugar, a invenção deve ter caráter de *inventividade,* o que quer dizer que a inovação não deve ser evidente para uma pessoa especializada, versada na área, que está atualizada com o saber acumulado. A razão de ser desta regra parece evidente: invenção banal não pode justificar o estímulo especial que a patente confere; essa informação deve permanecer no domínio público.

1029a. Nota da tradutora Esse princípio está insculpido na legislação bra-sileira de propriedade industrial.

1030 A terceira exigência para se obter a patente é que invenção seja *útil,* o que significa, na América do Norte, potencialmente comercializável. As le-gislações europeias e o Acordo ADPIC (art. 27) empregam a expressão mais restritiva *aplicação industrial,* o que excluiria, desde logo, métodos cirúrgicos. Segundo todas as fórmulas, excluem-se as invenções de natureza puramente teórica.

1031 As três exigências reunidas tendem a restringir as invenções patenteá-veis. Outros dois elementos implícitos vão na mesma direção. Inicialmente o requerimento da patente é, depois de certo tempo, publicado com descri-ção suficientemente explícita para permitir que uma pessoa do setor possa reproduzir a invenção. O requerente pode ter interesse em não divulgar a existência da invenção para evitar atrair concorrentes, e, nesse caso, preferirá recorrer ao segredo comercial para proteger sua invenção. O segredo – opção de substituição – não favorece a filiação. Em segundo lugar, é preciso pagar taxa para obter a patente e para mantê-la. Essas despesas podem levar ao abandono de patentes que não sejam rentáveis, eventualmente antes do ter-mo final de validade.[103]

102. Art. 28-2 (1) a), *loi sur les brevets* (Canadá); 35 USC 102.

103. Moore 2005; Landes/Posner 2003a para análise análoga em matéria de direito de autor e de marca.

c. Extensão da proteção

1032 A patente confere ao titular exclusividade para explorar a invenção. A exploração compreende fabricar, construir, utilizar ou explorar, vender.[104] A importação de produto cuja fabricação, no país, represente contrafação de patente é, também, uma forma de violação.[105]

1033 A amplitude da proteção patentária depende da forma mediante a qual o requerimento de patente apresente as peculiaridades cuja proteção são reivin-dicadas. Nos Estados Unidos da América, reconhece-se a doutrina dos equi-valentes que recai sobre o domínio protegido que se estenda para além do que seja expressamente requerido quanto às aplicações que não difiram das reivindicações senão por detalhes insignificantes. Landes e Posner sustentam que essa doutrina permite economias na formulação de requerimentos de patentes.[106] O risco é que possa reduzir o cuidado na formulação do pedido. Tribunais canadenses hesitam em aplicar tal doutrina.[107]

1034 As prerrogativas das patentes são limitadas pelas exceções que permitam sua utilização por terceiros mesmo sem permissão do titular. Em primeiro lugar, convém lembrar a exceção de uso privado não comercial, ou para fins de experimentação ou pesquisa, vale dizer, para avaliar, melhor compreender a invenção.[108] Tendo conhecimento da invenção, desenvolve-se outra, mais avançada, pode-se obter patente para essa invenção. Se a nova invenção incor-pora a anterior, patenteada, sua exploração exige autorização do titular desta. As duas patentes são interdependentes no que tange à exploração, fato que cria o risco de bloqueio.[109] Reconhecem-se, nada obstante, os objetivos de difusão e acúmulo de conhecimentos.

1035 Porém, o uso de uma invenção para fins de ensino ou pesquisa não estará, por esse motivo, liberado, ao contrário do que está previsto no campo dos de-senhos de circuitos integrados.[110] Vaver considera que os tribunais canaden-ses teriam possibilidade, se quisessem, de criar exceção similar em matéria de patentes, mas não o fizeram,[111] de mesma forma como outras cortes de outros países.[112]

104. Art. 42, Loi sur les brevets (Canadá).
105. Vaver 1997, 153 s. Loi sur le brevet américaine (US Code c. 35, art. 271 (c).
106. Landes/Posner 2003b, 114, 323; Meurer/Nard 2005.
107. Gervais et al. 2006, 428-436.
108. Art. 55.2 (6), *Loi sur les brevets* (Canadá).
109. Voir Carlson 1999, 362.
110. Art. 6 (2) (a), Loi sur les topographies de circuits intégrés (Canadá).
111. Vaver 1997, 165.
112. Eisenberg 2003.

1036 O segundo limite decorrente da patente, conferindo-lhe significativo po-der de exclusão, pode ser exercido para dificultar bastante a concorrência. São conhecidos casos históricos de bloqueio pelo uso de patente (*blocking patents*) como o de James Watt, inventor do motor a vapor, que utilizou sua patente para impedir o desenvolvimento de motores mais eficientes; ou o dos irmãos Wright no início do desenvolvimento da aeronáutica; ou, ainda, o de Alexan-der Graham Bell no início da era da telefonia.[113] O exercício das prerrogativas ligadas à patente retarda ou impede, nesses casos, a acumulação de conheci-mento, o que implica perda de oportunidades do ponto de vista do bem-estar coletivo.

1037 Para pôr fim a esse tipo de abuso, voltamo-nos para o direito da con-corrência. O entrave à concorrência é considerado ineficaz pela adoção de uma de duas fórmulas, a das licenças cruzadas entre dois titulares de patente que mutuamente poderiam impedir seu uso, e a divisão sob forma de comu-nhão de patentes ou *patent pools,* mediante a qual muitos titulares de patentes transferem seus direitos a uma sociedade sob gestão comum, com a finalidade de garantir licenças de uso ao conjunto dos membros dela participantes.[114] A dificuldade é que a fórmula que evita abusos de patente pode, também, prestar-se a restringir a produção ou a fixar preços acima dos concorrenciais, constituindo-se um cartel, com violação do direito da concorrência. Não é fá-cil distinguir o *patent pool,* que põe fim a potencial abuso de patente, do cartel que cria efeitos monopolistas.[115]

1038 Outra resposta para o que se percebeu como abuso de patente (produto disponível em quantidade insuficiente, ou a preços inacessíveis) é a licença compulsória.[116] Consiste em decisão de autoridade pública de permitir um ou mais terceiros a fabricarem o bem usando a invenção patenteada sem autori-zação do titular, mas mediante pagamento de *royalties* e outras condições, se couberem, determinadas na decisão. Até recentemente a lei canadense pre-via a possibilidade de licenças compulsórias para casos em que as invenções não estavam disponíveis no mercado canadense em quantidade suficiente e a preço acessível. As disposições foram úteis, especialmente, no caso de me-dicamentos, permitindo que empresas canadenses fabricassem versões ditas genéricos, cujo preço, por força da concorrência, era inferior aos dos titulares

113. Carlson 1999, 363.

114. Carlson 1999, 367.

115. Shapiro 2001 sugere que tal política visa a distinguir entre patentes complementares (admis-síveis na divisão) e as patentes substitutas (não admissíveis).

116. Merges 2004a, que vê a licença obrigatória especialmente como resposta aos altos custos de transação, problema que deve desaparecer na Internet; sobre licença obrigatória ver também Correa 2000; Scherer 2003.

das patentes nos Estados Unidos da América, em situação de monopólio.[117] A fórmula implica vencer a dificuldade de saber o que constitui abuso para fixar os *royalties* obrigatórios que sejam adequados na falta de acordo de licença. Pode-se duvidar de que a ameaça de licença compulsória leve o titular da pa-tente a conceder uma licença em condições menos desvantajosas do que a da licença compulsória.

1039 Na lei canadense, as licenças compulsórias como meio de estimular a pro-teção local de medicamentos genéricos foram revogadas entre 1987 e 1993,[118] sob pressão dos norte-americanos, em contrapartida a um acordo entre as grandes indústrias farmacêuticas internacionais de fazerem investimentos em pesquisas no Canadá. A lei prevê, no art. 66 (1) a), a possibilidade de conces-são imposta como sanção a abuso do direito de exclusividade conferido pela patente, mas tal sanção deveria ser excepcional e não parece ter sido exercida. O Código de propriedade intelectual francês mantém ainda a possibilidade de licença compulsória nos casos em que, ao final de três anos depois da conces-são da patente, o titular não inicia sua exploração.[119]

1040 Em 2004, lei canadense contemplou a possibilidade de licenças compul-sórias, agora para fins humanitários, de medicamentos que permitam aos paí-ses africanos enfrentarem os agudos problemas de saúde pública.[120] O acordo ADPIC, no art. 31, admite esse tipo de licença, mas apenas depois de feita tentativa de entendimento com a empresa titular da patente e sob condição de que a licença seja limitada no tempo, não seja exclusiva e não possa ser cedida. Para evitar a imposição de tal licença, de imaginar uma negociação com a empresa titular da patente: um mau acordo é sempre melhor que uma solução imposta.

1041 Discute-se se as licenças compulsórias, assim com a falta de proteção para medicamentos – protegidos são apenas os processos de fabricação – per-mitem que países em desenvolvimento estimulem pesquisa idônea. Seriam os casos da Índia e do Brasil. A aplicação integral da propriedade intelectual nes-ses países teria efeito contrário: os princípios do mercado comercial levariam as indústrias farmacêuticas locais a privilegiar a pesquisa de medicamentos de interesse dos países ricos e estabelecerem lá, mais do que nos países em desenvolvimento, seus laboratórios de pesquisa. Correa, em especial, chama a atenção para a delicada posição em que ficam as autoridades dos países em desenvolvimento:[121] se respeitarem integralmente a lógica da propriedade

117. Scherer 2003, p. 6-7.

118. Vaver 1997, 127.

119. CPI art. 613-11; ver também Galloux 2000, n^{os} 532 ss., p. 184 ss.

120. Art. 21.01 ss., Lei de patentes (Canadá) disposições introduzidas após promessa do primeiro ministro Jean Chrétien aos países africanos.

121. Por exemplo, Correa 2002.

intelectual, o risco é ter de alocar somas (muito) significativas, e com baixos retornos, para pagar medicamentos aos países desenvolvidos, sem estimular as indústrias farmacêuticas de seus países a fazerem pesquisa de patologias que lhes são próprias. Nos casos de epidemias, como a da AIDS na África do Sul, a situação é particularmente dramática.

1042 As licenças compulsórias desmontam essa lógica, mas levam à perda de receitas pelas empresas farmacêuticas dos países desenvolvidos. Vendo-se como objeto de caronas, elas responderam mediante pressões das autoridades públicas aceitando o Acordo ADPIC. O célebre economista norte-americano Scherer estimou que seria uma carona que os países desenvolvidos podem tolerar sem pôr em perigo a existência de suas indústrias farmacêuticas.[122] A solução seria, portanto, vender o mesmo medicamente a preços diferentes conforme a riqueza do país, ou seja, adotar uma forma de discriminação de preço. A fórmula é viável desde que se impeça a arbitragem no sentido econô-mico, quer dizer, a reexportação de medicamentos originados dos mercados de preço baixo para os de preço (mais) elevado. Notou-se, recentemente, esse fenômeno da arbitragem nos Estados Unidos da América com medicamentos canadenses, uma vez que no Canadá o preço dos medicamentos era objeto de acordo entre as indústrias e as administrações de saúde das províncias, cujo efeito era reduzir o preço, sistema inexistente nos Estados Unidos da América.

d. Duração

1043 O prazo de duração da patente não mudou muito ao longo dos anos. É, atualmente, de 20 anos a contar do pedido na maior parte dos países, aí incluídos os Estados Unidos da América.[123] Em matéria e microplaquetas, a proteção não vai além de 10 anos;[124] o direito sobre organismos vegetais é garantido por período de 18 anos.[125]

1044 A duração do direito é o quarto aspecto essencial de qualquer direito de propriedade intelectual. Quanto mais longo, maior o risco do efeito de se criar um monopólio. Levando em conta que a patente garante poderes por perío-dos muito longos, é essencial, para a preservação do equilíbrio subjacente à propriedade intelectual, que sua duração seja curta. O tempo determinado, 20 anos, nada tem de mágico. Tratando-se de invenções na área farmacêutica, parece adequado para torná-las rentáveis, considerando o tempo necessário para obter a prévia aprovação no campo da saúde pública. De outro lado, 20

122. Scherer 2004a, 1141.

123. USC ch. 35, art. 154 (a)(2).

124. Art. 5, Lei sobre as topografias de circuitos integrados (Canadá), LRC 1985, c. I-14.6.

125. Art. 6, Lei sobre a proteção de produtos vegetais (Canadá), LRC 1985, c. P-14.6.

anos parece excessivo para a proteção de programas de computador e méto-dos de negociação, se é que devem ser protegidos por patente. Muito difícil crer que os elementos de sistemas operacionais (como DOS), ou de aplica-tivos (como Visicalc ou Lotus1-2-3), remontando a 1990 teriam, ainda hoje, valor comercial e, portanto, efeito de incentivo. Em outras palavras, pode-se duvidar que duração uniforme para todas as invenções seja necessariamente solução ótima.

1045 Para melhorar a situação pode-se submeter a patente, para fins de exten-são do prazo, a pagamento de taxa ou – o que é equivalente – determinar a decadência se essas taxas de renovação não forem pagas periodicamente.[126] A decisão dos interessados em pagar, ou não, as taxas indica o valor que dão à patente. Veremos, no exame de estudos empíricos, que a renovação é sensível ao valor das taxas exigidas, e que bom número de patentes não é renovado. As taxas periódicas constituem, então, uma forma *de facto,* de modular a duração da patente conforme interesse do titular.

3. O DIREITO DE AUTOR

a. *Bens protegíveis e titulares*

1046 O direito de autor recai sobre criações culturais que são, nos termos da *Lei Canadense sobre o direito de autor,* obras literárias, dramáticas, musicais ou artísticas.[127] O Código da Propriedade Intelectual francês, em seu artigo L.112-2, apresenta longa lista do que se considera integrar as "obras do espíri-to", no sentido adotado pelo Código. As obras arquitetônicas são assemelha-das às artísticas. Ampliações recentes recaem sobre produtos resultantes de avanços tecnológicos como fotografias,[128] consideradas *sui generis,* programas de computador, assemelhados a obras literárias.

1047 Ademais dessas obras, as "traduções, adaptações, transformações ou ar-ranjos" são suscetíveis de direito de autor independente do que protege a obra original.[129] O Código de Propriedade Intelectual determina, no mesmo artigo, a inclusão de "antologias ou coleções de obras ou dados, assim, por exemplo, bases de dados, que por escolha ou organização das matérias, constituam cria-ções intelectuais". O título da obra, desde que original, também o é.

126. Art. 27.1 e 46, *Lei sobre as patentes* (Canadá), LRC 1985, c. P-4. No Canadá, as taxas são anuais e o montante aumenta segundo a idade da patentes (art. 182 et Annexe II, art. 32 des *Règles sur les brevets*).

127. *Lei sobre o direito de autor* (Canadá) (LDA), LRC 1985, c. C-42.

128. Ver Gendreau 1994; Gendreau et al. 1999.

129. CPI, art. L. 112-3.

1048 Tal como em relação à patente, a proteção não recai sobre a concretização da criação nem sobre as ideias que incorpore. Na fórmula do acordo ADPIC, os direitos “se estendem às expressões e não às ideias, procedimentos, méto-dos de funcionamento ou conceitos matemáticos como tais”.[130]

1049 Titular do direito é, de regra, o autor. Isso corresponde ao princípio ge-ral em matéria de propriedade, em que o título é atribuído à pessoa que der mais valor ao (ou fizer a exploração mais rentável do) recurso. No direito canadense, excepcionalmente, o primeiro titular pode ser empregado do au-tor, se a obra for criada na vigência do contrato de trabalho, por solicitação expressa e sob fiscalização do empregador.[131] Na França, o autor é sempre o primeiro titular, mas, na prática, chega-se ao mesmo resultado do direito ca-nadense mediante cessões antecipadas que ocorram na vigência do contrato de trabalho.[132] Em 1961, a classe de titulares foi ampliada para incluir artistas intérpretes ou executantes, produtores de discos e organismos de radiodi-fusão, podendo, cada uma delas, impedir o uso ou a reprodução do objeto de seu direito.[133] Tais prerrogativas são conhecidas como *direitos vizinhos* ou *conexos*. No caso dessas duas últimas categorias de novos titulares, é evidente que o direito conferido visa a proteger um investimento autorizado. Afasta-se a lógica voltada para a criação, garantindo direitos efetivos aos últimos elos da cadeia contratual por meio da qual as criações culturais são produzidas e distribuídas. Em virtude de convenções internacionais os autores estrangei-ros, oriundos de países que aderiram a essas convenções, ficam protegidos da mesma forma que os nacionais.

b. *Condições de obtenção*

1050 O direito de autor é obtido com a criação, não havendo necessidade de ser requerido. A falta de formalidade para a obtenção do direito de autor é princípio fundador da Convenção de Berna, de 1886.[134] O registro, possível, serve apenas para certificação da data da criação.

1051 A admissibilidade do direito de autor depende de a criação ser original. A outorga de direitos sobre criações a que falte esta característica consti-tui benefício injustificável dado que nada contribuem para a acumulação de

130. Acordo ADPIC (1994), art. 9 (2).

131. Lei sobre o direito de autor (Canadá), LRC 1985, c. C-42, art. 13 (3).

132. CPI art. L. 111-3. Lucas/Lucas 2001, n^{os} 155-168, p. 149-158.

133. Convenção internacional sobre a proteção de artistas intérpretes ou executantes, produtores de discos e organismos de radiodifusão de 26 de outubro de 1961, chamada Convenção de Roma: <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/index.html>; art. 14 Accordo ADPIC.

134. Art 5 (2) Convenção de Berna para a proteção de obras literárias e artísticas <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/index.html>: o gozo e exercício desses direitos não estão subordi-nados a qualquer formalidade.

saber. O conteúdo do conceito de originalidade é interpretado distintamente. No Canadá, parece limitar-se à ausência de cópia, juntamente como aporte pessoal do autor. A jurisprudência considerou que tal condição excluiria do direito de autor as bases de dados que são simples compilações e não refletem uma escolha ou organização especiais, feitas por ele, autor.[135] As decisões con-sagraram regra que põe fim à pretendida doutrina "do suor da testa" (*sweat of the brow*),[136] do esforço pessoal. A exigência de originalidade traz o mesmo problema à proteção de fotografias e admissão de direito de autor: na origem via-se apenas resultado mecânico, daí ter levado algum tempo para o reconhe-cimento da contribuição pessoal do fotógrafo.[137]

1052 A noção de originalidade é, no direito francês, interpretada como resul-tante de atividade criativa em que a criação tem a marca da personalidade do autor.[138] O critério de originalidade não considera a qualidade artística da criação nem a novidade objetiva ou o grau de originalidade. Engloba a ideia de que a criação não deve resultar de cópia.[139] A recepção da informática pelo direito de autor – notadamente sob a forma de programas cuja função é utilitária mais do que estética – pôs em discussão a noção subjetiva de origi-nalidade.[140] O mesmo se deu com as bases de dados: de simples compilações de dados, mesmo que muito importantes como as listas telefônicas, não têm caráter de orginalidade e não são, portanto, admissíveis no campo do direito de autor, nem na América do Norte[141] nem na Europa. A União Europeia pretendeu, por diretiva, remediar esta aparente lacuna visando à proteção das bases de dados[142] e os países-membros as incluíram em suas legislações

135. *Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC) (Accord deMarrakech de 1994 – Annexe i C), art. 10 (2) <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf>.

136. *Feist Publications v. Rural Telephone Service Co.*, 111 S. CT. 1282, 113 L.Ed 2d 358 (1991) *Télé-Direct c. American Business Information*, [1997] CAF nº 1430, [1998] 2 CF 22 (CFA), [1997]221 N.R. 1 13, 154 D.L.R. (4th) 328, 76 C.P.R. (3d) 296, 134 F.T.R. 80, permissão de apelar à Suprema Corte recusada em 21/5/1998.

137. Ver Gendreau 1994; Gendreau et al. 1999.

138. Lucas/Lucas 2001, nº 47, p. 58; nºs 77 ss., p. 76 ss.

139. *Idem*, nº 82, p. 79.

140. *Idem*, nº 92 ss., p. 90 ss.

141. *Feist Publications v. Rural Telephone Service Co.*, 111 S. CT. 1282, 113 L.Ed 2d 358 (1991) *Télé-Direct c. American Business Information*, [1997] CAF nº 1430, [1998] 2 CF 22 (CFA),[1997] 221 N.R. 1 13, 154 D.L.R. (4th) 328, 76 C.P.R. (3d) 296, 134 F.T.R. 80, recusada permissão para apelar à Suprema Corte do Canadá em 21/5/1998.

142. Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, JOCE 1996, L77/20, 27 mars 1996 (31996L0009), <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=-FR&numdoc=31996L0009&model=guicheti.; a pertinência da diretiva foi questionada recente-mente: DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/EC on

nacionais. Os efeitos de tal política, e seu propósito, trouxeram surpresas, como será visto na próxima sessão deste capítulo.

c. Escopo da proteção

1053 O direito de autor se compõe, conforme a análise tradicional, de dois elementos: os direitos moral e patrimonial.

1. O direito moral

1054 O direito moral permite que o autor administre sua reputação visto que seu nome está ligado à obra. No direito francês, o direito moral é considerado direito de personalidade, ligado à pessoa, perpétuo, inalienável, imprescrití-vel, não sujeito à apreensão por terceiros e não discricionário.[143] Conforme a concepção francesa, comporta quatro prerrogativas: a de decidir sobre a divulgação, a de se arrepender ou recuperar a obra (tirá-la do mercado), o direito ao respeito pelo nome e o direito ao respeito pela integridade da obra. O direito canadense não aceita senão os dois últimos direitos mencionados, admitindo a possibilidade de renúncia, mas não a cessão.[144]

1055 A doutrina francesa entende que o direito moral é extrapatrimonial. Não seria possível, contudo, concluir que tal direito não produza efeitos econômi-cos. Entenda-se, é um direito que não pode ser transferido, não enseja a for-mação de um mercado e não tem, literalmente, preço. Entretanto, a reputação do autor tem reflexos no mercado das criações como sinal de qualidade (marca de comércio, se assim se puder dizer) para os consumidores interessados no gênero da obra que produz.[145] Simetricamente, para os autores, notadamente os que têm algum sucesso, a reputação constitui precioso capital humano. Tal capital tem valor comercial na medida em que incentiva os consumidores a preferirem as obras de um autor às de outro, ou uma forma de diversão ou instrução – ou que leva a ser convidado como conferencista ou professor, por exemplo. A lógica dos direitos de propriedade sugere que o direito de admi-nistrar o próprio nome – imagem comercial – e o conjunto de obras a ele as-sociado seja confiado ao próprio autor. O argumento não perde força mesmo quando se considera que os autores podem servir-se de seu direito moral para sua glória pessoal, ou na perseguição de ideias, eventualmente excêntricas,

the legal protection of databases: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databa-ses/evaluation_report_en.pdf>.

143. Colombet 1986, n^{os} 124 ss., p. 153 s.; Lucas/Lucas 2001, n^{os} 372-379, p. 307-310. Também Gendreau 1988, 1994a.

144. Art. 14.1 à 14.3, 28.1, 28.2 *Loi sur le droit d'auteur* (LDA) (Canadá). Também art. 6bis da Con-venção de Berne.

145. Ginsburg 2005; Wilkinson 2006, 215.

que lhes são pessoalmente caras. Os valores são, no fundo, subjetivos como vimos em capítulos anteriores.

1055a. Nota da tradutora No que diz respeito a direitos de personalidade, o texto constitucional (art. 5º) os incisos IX e X constituem a base sobre a qual se estrutura o aspecto moral. O Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/2002, dispõe sobre direitos da personalidade, intransmissíveis e irrenunciáveis, en-tre eles o nome, proibindo-se seja empregado por outrem em publicações ou representações que exponham o titular a desprezo público, mesmo que não haja intenção difamatória. Violações a esses direitos permitem reclamação por perdas e danos. Também a lei sobre direito autoral garante ao autor direi-tos morais e patrimoniais sobre sua obra (art. 22)

1056 Em relação aos direitos relativos ao nome e à integridade da obra, a lógica é evidente. Nos países de *common law,* especialmente nos Estados Unidos da América, que são mais reticentes em admitir o direito moral, esse interesse é garantido por meio da interpretação do contrato e outras doutrinárias, como o *passing off* (atos parasitários ou de concorrência desleal) ou a representação falsa.[146] O direito de decidir sobre a publicação (ou não) pertence ao autor. O direito de recolher uma obra já publicada cria o problema do risco moral se o autor puder recorrer a esse procedimento muito facilmente. Não espanta que o exercício desse direito, na França, seja bastante circunscrito e sujeito à obrigação de indenizar o cocontratante.[147]

2. O direito patrimonial

1057 O componente patrimonial ligado ao direito de autor, tradicionalmente, permite o controle da reprodução (cópia) e da representação pública da obra. Desde 1920, o direito francês e outros direitos europeus reconhecem, tam-bém, o direito à remuneração para obras gráficas ou plásticas.[148] Esse direito garante ao autor o recebimento de porcentual do preço obtido como todas as vendas de sua obra. Atualmente essa porcentagem é, no direito francês, fixada em três por cento.[149] O direito foi instituído sob a ótica da equidade – permitir que o autor se beneficie do sucesso ulterior de sua arte. A análise econômica aponta para possível efeito perverso que daí pode decorrer. É que isso reduz o interesse atual da obra, o que se traduzirá no curto prazo – ainda que de forma não significativa – ou seja – em menos obras vendidas e a preços mais baixos no início da carreira. Deve-se, então, proteger o autor contra sua própria im-previsão? De outra forma, como certos países não contemplam tal direito, o

146. Gendreau 1991; Ginsburg 2001, 2005; Wilkinson 2006.

147. Art. L-121-4 CPI; Lucas/Lucas 2001, nº 400, p. 326-327.

148. Lucas 2002, p. 62. Art. 122-8 Code de la propriété intellectuelle (CPI).

149. Art. 122-8 CPI.

mercado de arte pode ser transferido para eles, o que diminuirá o interesse prático do futuro direito de participação.

1058 Quanto aos direitos de reprodução e representação dos originais, não há como controlar todos os usos, embora se deem aos autores – e aos editores/ distribuidores contratados para a difusão das obras – meios considerados su-ficientes para assegurar potencial adequado de receita. O uso privado, mesmo se vier a implicar alguma cópia, está liberado, provavelmente porque não ha-veria potencial comercial, que dependeria da impressão, e cuja repressão seria muito onerosa.

1059 Algumas formas de uso implicam copiar, outras permitidas com base em que esse direito, no Canadá inspirado no direito inglês, (*fair dealing*) e no norte-americano (*fair use*), remete à utilização equitativa. Antes da reforma de 1997, no Canadá, a utilização equitativa era bastante simples, regida por rol limitativo, enunciado no artigo 27 da lei de direito de autor. O primeiro elemento concernia à utilização para fins de estudo, de crítica e de comuni-cação de notícias, sendo tais usos permitidos se as obras fossem corretamen-te atribuídas. Para nossos fins, as justificações parecem claras. A liberdade de estudar se prende diretamente à criação por filiação. A crítica concerne à informação que os consumidores dispõem antes da compra. De presumir

– contrato hipotético – que criadores e consumidores concordam em que a informação circule de forma que se possam avaliar as obras por seu valor justo. Entre si, os criadores têm, ainda, interesse em evitar que um deles, falsamente, atribua qualidades inexistentes à sua obra: a desconfiança dos consumidores poderia repercutir sobre o conjunto de obras de mesmo tipo, traduzindo-se em custos de transação mais altos em relação a todos os cria-dores (dilema do prisioneiro com muitos jogadores).[150]

1060 A reprodução ou representação de partes extraídas da obra atende ao interesse informativo. Assim como para outros tipos de bens, o mercado fun-ciona melhor quando a informação disponível pelos adquirentes é detalhada e correta. A comunicação de notícias tem o mesmo interesse, mas em escala maior, de funcionamento do Estado e da sociedade civil. Em todos os casos, pode-se presumir que o uso tenha sido autorizado, mas os custos de transa-ção associados à obtenção de tal acordo seriam muito altos para esses fins.

1061 Pode-se, sem autorização, reproduzir esculturas e outras obras expostas em locais públicos. A exposição pública permite presumir a intenção de tor-nar aquela obra disponível como eventual fonte de inspiração para outras.

1062 A lei autorizava, também, a execução sem intenção de ganho de obras musicais em exposições e locais que recebessem apoio (suporte financeiro) de autoridades públicas. Há que ver, nesses casos, um favor para um grupo de interesse. A exceção foi suprimida na reforma de 1997.

150 Ver capítulo sobre as interações humanas.

1063 Finalmente havia muitas exceções para fins de arquivo público (biblio-tecas) ou privados (programas de computador). O arquivamento público não altera em nada o potencial comercial e serve para preservar e certificar as obras. Para o arquivo em programas de computador, a permissão para copiar decorre logicamente da obrigação do fornecedor dos programas de dar utili-dade e podendo ser analisada como parte da obrigação de entrega.

1064 A reforma da lei canadense, em 1997, deu mais concretude à regulamen-tação de uso equitativo. Ao lado da autorização geral de uso equitativo para fins de estudo particular ou de pesquisa, de crítica e de comunicação de notí-cias,[151] há, agora, detalhada regulamentação de atos permitidos para escolas, museus, bibliotecas, serviços de arquivo;[152] cópias de arquivo de programas de computador estão permitidas; registros efêmeros para fins de telecomuni-cação estão autorizados sob condição de que tal telecomunicação ou retrans-missão sejam autorizadas, o que é objeto de detalhada regulamentação.[153] O uso equitativo parece, na sua forma atual no direito canadense, resultar de compromisso anteriormente negociado por grupos de interesse em comissão parlamentar. É difícil encontrar lógica uniforme cuja razão seja demonstrada em análise econômica do direito.

1065 O *fair use* norte-americano tem alcance que vai além dos conceitos cor-respondentes de outras legislações.[154] Recente decisão da Suprema Corte do Canadá, no caso *CCH*,[155] parece indicar a adoção da mesma lógica. Após a reforma de 1976, nos Estados Unidos da América, para determinar se a utili-zação naquelas circunstâncias seria equitativa, devem-se levar em conta qua-tro aspectos: o escopo e a natureza do uso (incluída a natureza comercial, ou não); a natureza da obra copiada, a importância do que foi copiado em relação à toda a obra; o efeito plágio sobre o potencial comercial da obra. O *fair use* foi invocado para justificar, por exemplo, a descompilação e a engenharia reversa de um programa ou aparelho para produzir programas ou aparelhos compa-tíveis,[156] assim, também, a reprodução de obras protegidas, para que possam ser ouvidas, ou visualizadas, em outros momentos (*time shifting*), ou locais. De maneira geral, esta ampla exceção favorece a criação por filiação.

1066 As legislações europeias, em geral, trazem listas limitativas de derroga-ções ao direito de exclusividade do autor. Autorizam a cópia para estudo par-ticular, críticas ou informação pública, assim como paródias e caricaturas. Em

151. Art. 29, 29.1 e 29.2 *Loi sur le droit d'auteur* (Canadá).

152. Art. 29.3 à 30.5 *Loi sur le droit d'auteur* (Canadá).

153. Art. 30.8 à 31 *Loi sur le droit d'auteur* (Canadá).

154. Art. 107 du c. 17 US Code (*Loi sur le droit d'auteur*).

155. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2004/2004csc13/2004csc13.html> au § 53 s.

156. *Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc.*, 964 F.2d 965 (C.A.9 (Cal.), 1992).

relação a bancos de dados, estão autorizadas as cópias minimamente neces-sárias para acessá-los, o que parece decorrer da natureza do contrato que lhes dá acesso.

1067 Os desenvolvimentos técnicos, ao longo do tempo, acresceram outras formas de explorar as obras – fotografia, fonogramas, transmissão por ondas e a cabo, fotocópias, videoclipe, informática – à reprodução prevista desde a origem, necessárias para integrá-las ao direito de autor. Na cópia privada, pre-sumida de videoclipes e programas, a resposta foi instituir, em favor do autor, o direito de locação[157] e uma taxa sobre o preço dos suportes virgens (exceção da *cópia privada*).[158] O Canadá adotou esta última regra após 1977.[159] Do ponto de vista econômico, a instituição põe questões relativas à importância da taxa
– que varia bastante entre os membros da União Europeia – e sua distribuição entre os criadores – o há, e quais são os efeitos de incentivo? O recebimento da remuneração e a outorga da permissão para reproduzir reduzem os custos de transação mediante a criação de sociedades de administração que atuam pelo conjunto de autores membros. Tais sociedades têm, contudo, a desvanta-gem – como a *public choice* prediria – de, em todos os momentos, ver em todas as utilizações formas onerosas, mesmo quando práticas anteriores teriam ad-mitido usos equitativos.

1068 A inovação de maior repercussão foi a Internet: *qualquer* consulta a in-formação implica cópia, ainda que efêmera, e, por isso, está submetida ao direito de autor. É possível o bloqueio da informação em grande escala por meios técnicos.[160] Esses desenvolvimentos dão ao direito de autor um grau de controle mais amplo do que se imaginava na origem e consagram a ruptura com o tradicional equilíbrio refletido no direito de autor. Ao mesmo tempo, as justificativas para as derrogações ao direito de autor, baseadas nos elevados custos de transação que seria preciso enfrentar para obter a permissão expres-sa do autor, perdem importância: na Internet é fácil contatar interlocutores distantes, e a administração automatizada de grandes bancos de dados tor-nou-se realidade corrente.[161] Neste sentido, o acréscimo de qualquer parte de informação numérica, de informações codificadas, indica o titular do direito de autor e permite localizá-lo. O Tratado de Genebra, de 1966, e a legislação nacional adotada em seguida, como o *Digital Millennium Copyright Act* norte-a-mericano[162] e a *Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22*

157. Art. 3 (1) h) et i) *Loi sur le droit d'auteur* (Canadá).

158. Lucas 2002, 49; Lucas/Lucas 2001, nº 300 ss., p. 259 s. Art. L 122-5 *Code de propriété intellec-tuelle* (France).

159. Art. 79 à 88 *Loi sur le droit d'auteur* (Canadá) (Cópia para uso privado).

160. Lessig 1999.

161. Merges 2004.

162. *Digital Millennium Copyright Act*, Public Law 105–304–Oct. 28, 1998, 112 STAT. 2860.

mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information[163] visam proteger tal informação.

1069 Tais desenvolvimentos apontam para a redefinição do direito de autor. Para os editores tradicionais o alargamento do direito de autor constitui fonte de inesperados ganhos, um *windfall.* Tendem a manter a definição tradicional para a Internet quanto à reprodução do direito de autor. Esse induzimento estimula os grandes jogadores à expensa dos pequenos? A resposta para a maioria das empresas, aqui como alhures, está na concorrência e na supressão de programas governamentais (ou até de uma legislação), que favoreça um tipo de concorrência em detrimento de outras. Se os serviços ofertados pelas grandes empresas não responderem adequadamente às necessidades dos usuá rios, de esperar que eles procurarão fórmulas alternativas baseadas no acesso livre ou partilhado, como se vê em muitos artigos científicos[164] e no *creative commons* (*open content*)[165] para outros tipos de criação. O fenomenal sucesso da enciclopédia cooperativa Wikipedia, na Internet, também induz à reflexão.

d. Duração

1070 Diferentemente da patente, a duração do direito de autor foi regularmen-te prolongada. Nos Estados Unidos da América, a duração, originariamente fixada em lei de 1790, era de 14 anos, prorrogáveis uma vez; nos últimos 50 anos esse prazo foi duplicado.[166] Na França, a lei de 19-24 de julho de 1793, primeira legislação dedicada ao direito de autor, desde o início formulou um direito de duração mais longa: pertencia aos autores durante toda sua vida e depois a seus herdeiros por cinco anos.[167] Na maioria dos países, o direito de autor é, atualmente, conferido pelo tempo de vida do autor e mais 70 anos depois de sua morte.

1071 Difícil entender o que justificaria tal continuidade dessa extensão tempo-ral do direito de autor. O valor presente, decorridos 70 anos é, essencialmen-te, nulo se a taxa de desconto for maior do que cinco por cento, o que deixa pouco espaço para um plausível efeito estimulatório. A explicação deve ser encontrada, então, em considerações relevantes de *public choice:* as indústrias

163. JOCE du 22.6.2001, L 167/10.

164. Mackaay 1999a.

165. Ver, por exemplo, Liang 2004; Lutterbeck et al. 2006.

166. Ver Bell 1998 et 2001; o quadro da evolução da duração do direito de autor nos Estados Uni-dos é encontrada em <http://www.tomwbell.com/writings/(C)_Term.html>.

167. Senado francês, Sessão ordinária 2005-2006, nº 308, Relato do senador Michel THIOLLIÈRE, em nome da comissão de Assuntos culturais (1) sobre o projeto de lei, adotado pela assembleia nacional, depois da declaração de urgência, relativa ao direito de autor e direitos conexos na so-ciedade da informação, C. 1er, Section IV – Os debates do período revolucionário: <http://www. senat.fr/rap/l05-308/l05-3084.html>. Ver também Lucas/Lucas 2001, nº 8, p. 9-12.

culturais constituem interesses concentrados muito fortes para captar a aten-ção do legislador, enquanto os interesses dos consumidores são dispersos, especialmente porque a inovação por filiação não está suficientemente en-tranhada nas matérias relacionadas para provocar a organização de um *lobby* efetivo e contrário à indústria. Tudo isso acabou por dar ao direito de autor má reputação, devido, para tomar emprestado a expressão de Ginsburg, a cupidez.[168]

4. A MARCA

1072 Marcas de comércio e, mais genericamente, direitos sobre sinais distinti-vos – como o nome comercial, a denominação social, o sinal, o nome de domí-nio – diversamente de outros direitos intelectuais, têm por objeto uma criação que não é, por si ou em si mesma valorizada, e, sim, uma etapa intermediária (sinalização) para os consumidores que pretendem adquirir produtos ou ser-viços. A marca de comércio serve para tornar visíveis as qualidades do bem ou serviço que não seriam notadas por simples inspeção. Na falta de indica-dor de qualidade que os distingam, os consumidores duvidariam das razões, motivos, do vendedor e temeriam ser feitos de tolos (qualidade medíocre). Poderiam confiar no que é perceptível e chegar a julgamentos grosseiramente simplificadores (nas relações interpessoais, isso pode ensejar discriminação, como mostrou Becker);[169] ou, ainda, adotariam precauções, até, eventualmen-te, se absterem de contratar. Tudo isso aumenta os custos de transação, de-sacelerando o funcionamento do mercado, cria o risco de inviabilizar bens de qualidade superior. É o dilema posto na parábola do mercado de "limões" ou "abacaxis" (*lemons*) de Akerlof,[170] prêmio Nobel de 2001, já citado no capítulo sobre risco e seguro.

1073 Imaginou-se uma gama de instituições destinadas a veicular informação cujo interesse não pode, facilmente, ser autoengendrado. A economia da in-formação destaca esse problema. Enquanto o empregador não consegue dis-tinguir, entre os postulantes a um posto de trabalho, sua qualidade, os mais bem qualificados tratam de se valer de índices perceptíveis que demonstrem suas qualificações (*signaling*[171] – já mencionado no capítulo sobre risco e segu-ro). Os diplomas, universitários ou outros, são uma das formas. No mercado de bens e serviços, a marca de comércio tem função análoga. Visa a indicar aos consumidores uma qualidade, ou conjunto de qualidades, que estes são

168. Ginsburg 2002, 61: "Tenho uma teoria sobre como o direito de autor ganhou má fama por si e posso resumí-la em uma palavra: *'Ganância'*".

169. Becker 1957.

170. Akerlof 1970.

171. Spence 1974 foi o primeiro a propor o conceito.

incapazes de descobrir por simples inspeção – dependem da experiência, de-pois da compra, ou até nunca saberão, como no caso de serviços profissio-nais – mas que, ainda assim, desejam considerar no momento de decidir a compra. Pôr à disposição, graças à marca, uma dada informação sobre o bem ou serviço a ser adquirido gera confiança nos potenciais compradores, como se eles a tivessem antes. A marca permite que produtores de bens e serviços de qualidade superior precifiquem essa qualidade. No mercado elas tornam viável uma gama de qualidades e alimentam a concorrência.

1074 Os benefícios da marca – instrumento virtual – convidam à carona: co-merciantes menos escrupulosos utilizariam marca desenvolvida por outros e associada à boa qualidade, para oferecer bens de qualidade inferior e, dessa forma, obter lucro injustificado. Tais práticas não são novas; os comercian-tes sempre as utilizaram, como comprova estudo histórico.[172] Sem punição tais práticas levarão ao colapso da confiança nas marcas e, dessa forma, dos mercados. Compreende-se, pois, a importância – interesse geral – de conter a carona, cujos efeitos são o risco de *confusão* e o parasitismo na boa reputação criada por outrem para seu bem (produto) ou serviço (*diluição* da marca). Este o papel do direito das marcas. A importância da lei de proteção à marca não deve se prestar a que o direito leve à ampliação da exclusividade do sinal de forma indesejada, indevida: os titulares da marca seriam tentados a reclamar um domínio muito amplo, ou, tendo o privilégio, a não utilizar a marca ou não fazê-lo associado a um bem ou serviço determinado, o que bloquearia, inutilmente, potencial concorrência.

1075 O direito marcário foi desenvolvido progressivamente durante muitos sé-culos. O direito inglês o ilustra bem.[173] Desde a época em que os comerciantes podiam desenvolver clientela que abrangesse pessoas afora das pessoalmen-te conhecidas, as marcas ou sinais foram empregados como ferramenta de operação mercantil. A partir do século XVIII, recorreu-se aos tribunais para proteger, mediante ação de responsabilidade, o desvio de clientela, por imi-tação indevida (*delito* de *passing off*). Imagina-se a dificuldade de fazer prova, que incumbia ao autor, de que os clientes teriam sido efetivamente desviados mediante falsos pretextos. Progressivamente o ônus da prova foi simplificado. Conceitualmente o que se queria proteger (o *goodwill*) foi desligado do esta-belecimento do demandante para ser conectado ao bem vendido. Em 1875, a experiência acumulada foi considerada suficiente e consolidada na primeira lei britânica sobre marcas de comércio. Para os autores, a vantagem da lei foi a maior simplificação da prova. A lei foi reformada inúmeras vezes e serviu de modelo para outros países, entre os quais o Canadá. A evolução mostra como um interesse, modelado pelos interessados e protegido mediante ação de res-ponsabilidade, pode configurar um direito de propriedade em sentido lato.

172. Ver, por exemplo, Vermette 2001.

173. Vermette 1999 e 2001.

a. *Objetos protegíveis e titulares*

1076 Não há qualquer motivo para limitar o tipo de sinais utilizados como marcas. Depois de desenhos e nomes (e prenomes), foram estendidas, pro-gressivamente, as espécies de bens admissíveis sob a forma de utilitários (frasco de perfume de Gauthier), nomes abstratos (Intel), sons, nomes de domínio na Internet.[174] O Código de Propriedade Intelectual francês dispõe, no artigo L.711.1, que todo sinal suscetível de representação gráfica pode ser considerado marca, e dá como exemplos as denominações, os sinais sonoros, os figurativos, as formas, disposições, combinações ou nuanças de cores. O debate está agora voltado para a oportunidade de admitir odores.

1077 Possível que o sinal que se pretende utilizar como marca seja objeto de outro direito intelectual, como direito de autor ou direito sobre desenho in-dustrial. Essa coexistência é lícita mas, para utilizar o sinal como marca, é preciso autorização do titular do outro direito.[175]

1078 Determinados sinais são reservados e não podem ser adotados como marcas: brasões, bandeiras e outros emblemas de Estado.[176] Regra contrária permitiria a diluição de um símbolo estatal e conferiria à marca privada pres-tígio não resultante de qualidades do produto a que se a aplicasse.

1079 Além das marcas de um determinado produto, há as que designam toda uma espécie de produtos com critérios comuns segundo definição do titular da marca. Na França, emprega-se, para designá-las, a expressão "marca cole-tiva";[177] a lei canadense emprega a expressão "marca de certificação".[178] Tais marcas podem indicar que o produto atende a normas definidas por organiza-ções nacionais de normatização como a Associação Francesa de Normatização (AFNOR), ou a Associação Canadense de Normatização, que concede a marca CSA no Canadá. Essas marcas englobam as designações de origem ou indica-ções geográficas utilizadas, em especial, em produtos agrícolas e alimentares, vinhos e outras bebidas alcoólicas.

1080 Essas marcas têm a mesma função das individuais; fornecer informa-ções úteis ao consumidor. Podem, pois, ter efeito anticoncorrencial. Seria o caso, parece, em que se pretende manter a palavra "cerveja" para bebidas com, ao menos, 5% de álcool. Para não iludir o consumidor, bastaria indicar a

174. No Canadá, art. 2 "sinal distintivo", *Loi sur les marques du commerce* (LMC), LRC 1985, ch. T-13; en France, art. L-711-1 du *Code de propriété intellectuelle*.

175. Galloux 2000, nº 1016, p. 362.

176. Uma lista de sinais reservados está no art. 9 *Loi sur les marques* (LMC), LRC 1985, ch. T-13. Art. 6ter *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* de 20 de março de 1883, a que remete o art. L711-3 do *Code de propriété intellectuelle*.

177. Art. L715-1 ss. Código de propriedade intelectual.

178. Art. 23-25 LMC.

porcentagem de álcool na embalagem. Pode-se hesitar quanto à vantagem das denominações para sucos de frutas, informando que se trata de fruta natural e não de bebida produzida a partir de concentrado com o acréscimo de subs-tâncias aromáticas.

1081 Há controvérsia a respeito das denominações de origem controladas e as indicações de procedência geográfica. A União Europeia, em particular, insis-tiu para que, por exemplo, o nome "*champagne*" seja reservado para vinhos es-pumantes provenientes da região francesa da *Champagne*, e que o presunto de Parma e o queijo Gouda sejam realmente originários das regiões que indicam. Adotou como regime interno uma diretiva nesse sentido.[179] As indicações como champagne canadense ou queijo *tipo* Gouda não seriam admitidas. Será que o consumidor é enganado por tais indicações? Elas fariam concorrência desleal aos produtos originais? Ou o fato de serem genéricas, fazendo parte do vocabulário comum, estaria correto?[180]

1082 Em 2004 a controvérsia foi submetida a instâncias da Organização Mun-dial do Comércio, tendo a União Europeia sustentado a tese da reserva dos termos, e os Estados Unidos da América e Austrália, tese oposta, insistindo, especialmente, em que o sistema discrimina produtos provenientes de fora da União Europeia. O relatório do Grupo especial nessa disputa, publicado em março de 2005, parece dar razão às duas teses.[181] Em 2003 a União Europeia e o Canadá tinham concluído acordo prevendo que certos nomes de designação ficariam reservados por um período escalonado que terminaria no final de 2013.[182]

1083 Convém lembrar que o valor de uma marca, coletiva ou individual, não depende do que o titular seja capaz de investir. Uma vez que a marca tenha valor, seja valorada, a utilização por outros constitui carona. Por outro lado, o titular que não impede que sua marca caia no domínio público não deveria poder reclamar a exclusividade e impedir que outros usem o termo que se torna simplesmente descritivo.

179. Regramento (C.E.E.) nº 2081/92 do Conselho, de 14 de julho de 1992, *JOCE* nº L 208/1 de 24 de julho de 1992, relativo à proteção das indicações geográficas e das denominaçõs de origem de produtos agrícolas e de produtos alimentares: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smar-tapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR& numdoc=31992R2081&model=guichett>.

180. Os arts. 22 e 23 do Acordo ADPIC preveem a possibilidade de proibição de marcas com indi-cações geográficas se o público correr o risco de ser induzido em erro.

181. Comunidades europeias – Proteção de marcas e indicações geográficas para produtos agrí-colas e alimentares – Pleitos dos Estados Unidos e da Austrália – Relatório do Grupo especial, documento nº 05-0955 – WT/DS174/R du 15/03/2005: <http://www.wto.org/french/news_f/news05_f/panelreport_174_290_f.htm>.

182. ACCORD entre a Comunidade europeia e o Canadá relativo ao comércio de vinhos e bebidas alcoólicas de 16 de setembro de 2003, dito de Niagara-on-the-Lake (disponível no *JO*de la U.E, L 35, 47e année, 6 février 2004), traduzido nos arts. 11.11 à 11.2 LMC.

1084 O registro da marca só pode ser requerido pela pessoa que a utiliza para uma mercadoria ou serviço, ou que projeta fazê-lo.[183] A restrição evita que se monopolizem nomes sem usá-los, com o que se facilita o funcionamento dos mercados – uma forma de *squatting* que deve ser desencorajada.

b. Condições para obtenção

1085 As condições a serem preenchidas para que a marca seja considerada si-nal distintivo são inúmeras. Em primeiro lugar a marca deve ser e perma-necer elemento de distinção.[184] Isso exclui marcas puramente descritivas,[185] funcionais ou genéricas: nesses casos, o efeito monopolizador seria muito grande. Assim, recusou-se o termo "*frigidaire",* ou geladeira, como marca pelo fato de se tratar da simples combinação de dois termos do vocabulário co-mum.[186] O termo "canadense" pode designar a origem de uma cerveja, mas não é suficientemente distintivo para constituir marca;[187] já "Molson Cana-dian" é admissível como marca. Ou seja, se, em virtude do uso fluido que se faça e do qual o titular não tem controle, a marca vier a designar um gênero, qualidade, destinação, valor ou local de origem etc. – em outras palavras, se ela não for distintiva do produto ou do serviço a que se aplica e compuser o vocabulário comum, – não pode ser protegida como marca e pode ter o regis-tro cancelado.[188]

1086 Em segundo lugar, a marca que venha a ser requerida não deve criar con-fusão com outra já existente,[189] ou, por qualquer meio, induzir à falsidade.[190] As cortes são exigentes no tocante à confusão. Não se admitiu que a Via Rail pleiteasse que uma sociedade de camionetes não pudesse empregar a marca "Via Route".[191] A Corte Suprema do Canadá entendeu que o fabricante fran-cês do champanhe "Veuve Cliquot" não poderia estender o uso da sua marca para aplicá-la à moda feminina, "Boutiques Cliquot et Cliquot", que tinha seis estabelecimentos, considerando que os clientes do champanhe não se con-fundiam com a clientela feminina desses estabelecimentos; não havia risco de confusão e o Tribunal não ficou convencido de que o uso depreciaria o renome

183. Art. 16 (1) e 30 b) e c) LMC.

184. Art. 2 (Vº signe distinctif), 10 LMC; art. 711-1 CPI; Galloux 2000, nº 992 ss., p. 352 ss.

185. Art. L 711-2 CPI.

186. General Motors Corporation c. Bellows, [1949] SCR 67.

187. Carling Breweries c. Molson Companies, [1984] 2 CF 920.

188. Art. 18 (1) LMC; L 714-6 CPI.

189. Art. 6 LMC.

190. Art. L 711-3 CPI.

191. *Via Rail Canada Inc. c. Location Via*, [1992] R.J.Q. 2109 à 2122 (CAQ).

da marca, contrariamente ao artigo 22 da lei canadense.[192] A Corte concluiu, ainda, que o nome "Barbie", utilizado na marca de uma cadeia de restauran-tes, não criava confusão que levasse à perda de clientes do fabricante de bone-cas de mesmo nome.[193] Mas a jurisprudência não admite que se imitem a letra e o grafismo do logo "Visa", marca notória de cartão de crédito, para escrever a palavra "autos" e "visa", e assim promover o comércio de automóveis:[194] a palavra "visa" adquiriu sentido secundário muito específico, que levaria e en-tender, falsamente, que os automóveis seriam oferecidos a crédito. Esta regra se explica por impedir a carona, risco particularmente elevado nos casos de marcas notórias.[195]

1087 O direito francês exige que a marca não seja enganosa. A marca "*Comme à la maison*" foi assim considerada, ao ser aplicada a doces produzidos indus-trialmente, embora fosse admissível se se tratasse de doces artesanais.[196]

1088 Em terceiro lugar, a marca deve ser empregada associada ao produto ou serviço ao qual associa origem ou qualidade. O direito francês exige uso sério e permite sanções pelo não uso durante um período ininterrupto de cinco anos.[197] No Canadá, pode-se requerer a reserva da marca tendo em vista uso projetado,[198] mas se isto não ocorrer nos três anos subsequentes ao registro a marca pode ser cancelada:[199] sinais não utilizados devem cair no domínio público. O cabaré francês *Le Lido* não pode reservar, indeterminadamente, o nome para a eventualidade de decidir instalar-se no Canadá.[200] A marca deve ser aposta ao produto ou serviço: os consumidores devem poder associar a marca ao produto ou serviço em relação ao qual tem a função de informar. A regra visa a impedir monopolização fortuita.

1089 O direito canadense, como o de outros países de tradição inglesa, admite a validade de marcas não registradas que existem por força do uso. São vulne-ráveis e a prova do ato parasitário é, em geral, de difícil demonstração.[201] Por isso, o registro da marca equivale, de fato, a uma quarta condição.

192. *Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot ltée*, 2006 SCC 23, en appel de 2003 CFPI 103, 232 F.T.R. 11, 2003 CarswellNat 294, 28 C.P.R. (4th) 520, 2003 FCT 103 (CF).

193. *Mattel, Inc. c. 3894207* Canada Inc., 2006 CSC 22.

194. Visa international service association c. Auto Visa inc., [1991] R.J.Q. 2197 (CSQ).

195. Art. 6bis *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* du 20 mars 1883; art 16 (2) Accord ADPIC; L711-4 (a) CPI.

196. Art. L 711-3 c) CPI; Galloux 2000, nº 983, p. 349.

197. Art. L 714-5 CPI; Galloux 2000, nº 1087, p. 383.

198. Art. 30 (e) LMC.

199. Art 45 (1)-(5) LMC.

200. Moffat & Co. v. Le Lido, Société Anonyme, (1992) 44 C.P.R. (3d) 393.

201. Vaver 1997, 178. Art. 17 (1) LMC.

1089a. Nota da tradutora As normas brasileiras definem marca como sinal distintivo visualmente perceptível, sendo registráveis as que não incorram em proibições legais (art. 122 da lei). A marca, como sinal distintivo, destina-se a facilitar a identificação de produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de diferente origem. As marcas de certificação servem para atestar a conformidade de um produto ou serviço a normas ou especificações técnicas quanto a qualidade, natureza, material e metodologia empregados. Marcas co-letivas identificam produtos ou serviços provenientes de membros de deter-minada entidade. O artigo 124 da lei especial relaciona sinais que não podem ser registrados como marcas. Nos artigos seguintes, o legislador tratou das marcas de alto renome e das notórias.

c. Limites da proteção

1090 O registro da marca confere exclusividade de uso.[202] Qualquer outra pes-soa que pretenda utilizar a marca deve ter a autorização ou cessão de uso do titular, que pode fixar limites em que o sinal seja utilizado de boa-fé, não como marca de comércio e sem que isso provoque a perda de valor comercial.[203]

1091 Se a marca for concedida com restrições, as sanções disponíveis nos casos de contrafação são grandes. No direito canadense, o tribunal pode, nos ter-mos do artigo 53.2 da lei, determinar o que considerar adequado, aí incluídos injunções, perdas e danos ou a recomposição de lucros, e até danos punitivos e a destruição das mercadorias objeto da contrafação. Claro que é preciso que tenha havido contrafação. O fabricante do Lego, cuja patente expirara, foi informado pela Suprema Corte do Canadá de que não poderia usar sua marca para impedir concorrentes de produzirem brinquedos equivalentes.[204]

d. Duração

1092 O prazo de proteção da marca é, na França, de 10 anos,[205] renovável. No Canadá, a marca é concedida por período de 15 anos, renovável sem limite temporal.[206] Lembramos, já, no início da seção, a razão econômica: a marca tem função diferente de outros direitos intelectuais; em princípio facilita a cir-culação da informação, o que serve para fazer o mercado funcionar melhor. O valor da marca resulta dos esforços do titular ao associar qualidades desejadas pelos consumidores e deve ser protegida contra o *free riding* da concorrência

202. Art. 19 LMC.

203. Art. 20 (1) LMC.

204. *Kirkbi AG et LEGO Canada v. Ritvik Holdings Inc*, [2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC 65, confirman-do [2003] FCA 297, (2003) 26 C.P.R. (4th) 1 (CFA).

205. Art. L 712-1 CPI; Galloux 2000, nº 1070.

206. Art. 46 LMC.

"*me too*". Tal proteção deveria, pois, ser limitada à esfera negocial na qual o titular pode perder clientes pelo emprego abusivo de sua marca.

1092a. Nota da tradutora O prazo de vigência dos registros de marcas é, no Brasil, de 10 anos, prorrogáveis enquanto houver interesse do titular e paga-mento das taxas, sem restrição temporal outra. É de cinco anos o prazo para que a marca não utilizada não caia em domínio público (art. 143 e segs.).

1093 A seção permitiu examinar os três principais direitos intelectuais sob o ângulo das quatro alavancas pelos quais seu alcance pode ser manuseado, como indica a análise econômica. O exame mostrou significativa expansão do alcance da exclusividade acordada por lei. Será que houve importante esforço de *lobby* de grupos de pressão cujos efeitos vão ao encontro dos interesses dos consumidores, ou, ao contrário, a expansão é resultado perfeitamente desejável de uma instituição que torna possível a organização de mercados? Para tentar responder à questão, é preciso examinar o que estudos empíricos demonstram. Este o objeto da seção 3.

Seção 3

Efeitos da propriedade intelectual (estudos empíricos)

1094 O exame da estrutura da propriedade intelectual nos mostra um conjunto de institutos, de regras, inspirados na propriedade clássica no que tange ao efeito incentivo descentralizado, mas que se distingue quanto ao objeto dos direitos que não são, por natureza escassos, mas merecem ser partilhados com as menores restrições possíveis para estimular o acúmulo de saber. A propriedade intelectual cria, como resultado da lei, uma escassez circunscrita, porém artificial, que poderia estimular a procura de rendas conforme mos-tram os trabalhos da escola da *Public Choice.* A teoria explica, não de forma unívoca, os efeitos da propriedade intelectual. Faz com que nos voltemos para a pesquisa empírica na esperança de entender mais.

1095 Como vimos no exemplo do império Bell, não é fácil mensurar a inovação que as regras da propriedade intelectual impediram. Conforme o caso, poder--se-ia recorrer a estudos comparativos entre países que têm regras e aqueles em que não existam, ou comparar a situação de um país antes e depois da introdu-ção de mudanças de regras, como se lembrou com a liberalização do mercado de aparelhos de telecomunicações nos anos 1970. A rentabilidade das empresas nem sempre é um índice confiável, como ficou demonstrado com as empresas que integravam o império Bell no período em que vigorou a regulamentação,

seus resultados financeiros refletiam lucros normais nada obstante a forte par-ticipação das ações no mercado de bolsa, o que levaria a crer que seria possível dissipar – e por isso as rendas invisíveis – os lucros resultantes da situação de monopólio criada pela regulamentação. Muitas vezes é preciso engenhosidade para perceber o real efeito da propriedade intelectual.[207]

1096 Apresentaremos a seguir série de estudos sobre a recompensa da inova-ção: se a propriedade gera o efeito incentivo, é preciso entender sua importân-cia e a forma como isso se dá. Em segundo lugar, mostraremos conjunto de estudos sobre a relação entre a extensão dos direitos de propriedade intelec-tual e a inovação, e qual o nível de bem-estar daí decorrente. Essa relação não é linear, no sentido de que a criação de direitos, se não existirem ou seu re-forço for pouco importante, fraco, deveria estimular a inovação; ao contrário, depois de ultrapassado um nível ótimo, o aumento ou reforço de direitos tem, como efeito, a produção de inovação por filiação e, portanto, pode afetar o ní-vel global de inovação. No limite, o monopólio é funesto para a inovação. Em terceiro, lugar relata-se uma série de estudos sobre pirataria nas indústrias culturais: há quem sustente que estão na base da viabilidade da propriedade intelectual, enquanto outros pretendem que esse discurso apenas mascara a falta de imaginação para conceber novos planos de negócios. Em seguida, passamos aos desenvolvimentos relacionados à amplicação dos direitos de propriedade nos países em desenvolvimento, resultantes do Acordo de Mar-rakech de 1994.

1. A RECOMPENSA DA INOVAÇÃO

1097 A teoria econômica entende que a propriedade produz efeito benéfico em virtude dos ganhos que o proprietário pode dela auferir. Schumpeter, debru-çando-se sobre as condições necessárias para a atividade inovadora dos em-presários, na metade do século passado, formulou a hipótese segundo a qual, em virtude das profundas incertezas da atividade inventiva apenas ganhos excepcionais seriam suscetíveis de estimulá-la, e os sucessos seriam pouco numerosos. Os ganhos deveriam, claramente, ultrapassar os rendimentos que atraem comerciantes para as atividades comuns, ordinárias.[208] O que se sabe, atualmente, a esse respeito?

a. *Scherer sobre a variabilidade das rendas*

1098 Estudo relevante sobre renda perseguida no mercado de consumo, de Scherer, toca, por vezes, no universo da patente (patentes em geral e de

207. A dificuldade da pesquisa e “empírica” nessa matéria é sublinhada em Posner 2002, 12.

208. Scherer 2001, 3, citando Schumpeter [1942]/1976, 73-74.

produtos farmacêuticos em particular), e do direito de autor (música), tanto nos Estados Unidos da América quanto na Alemanha. O estudo tem o títu-lo de loteria da inovação.[209] Em todos os campos analisados, os resultados tendem a confirmar a tese de Schumpeter. A distribuição de ganhos é muito assimétrica, com muitos participantes ganhando pouco, ou nada, a minoria auferindo a maior parte. Para participar dessa loteria, é preciso gostar do ris-co. Os resultados são reforçados por estudo mais recente, de Bessen.[210]

b. Baumol sobre a divisão do trabalho em matéria de inovação

1099 Normalmente a exploração comercial das criações é feita por grandes or-ganizações (editores de música, de filmes, de programas de computador, e também distribuidores de novos produtos médicos e farmacêuticos), cujos administradores são inveterados jogadores. Como tomam as decisões de par-ticipar do processo de inovação? De supor que possam recorrer a técnicas de partilha, divisão ou alocação do risco tratadas em capítulo anterior.[211] Po-deriam transferir parte do risco para outros agentes e, em relação ao risco residual, organizar carteira de projetos que crie o efeito de *pooling* de riscos. Estudo de Baumol confirma a divisão de trabalho entre inventores – em ge-ral solitários ou pequenas entidades, que apostam na baixa possibilidade de grandes ganhos – e os que – em geral grandes empresas – aperfeiçoam e co-mercializam, apoiando-se, com relativa certeza de rendimento médio aceitá-vel, numa grande e equilibrada carteira de criações.[212]

1100 As duas funções são complementares, não substitutas. Ambas parecem essenciais para o desenvolvimento de novos produtos destinados aos consu-midores. Há que garantir que o preço que o inovador ganharia seja efetiva-mente pago, sem que se alegue que "recebeu muito" para ainda receber pela implementação,[213] impondo-lhe redução do que deveria receber. É preciso permitir que o titular exerça, livremente, suas prerrogativas.

1101 Não se deve descartar tensão entre inovador e divulgador por conta da divisão dos frutos. Isso pode levar a litígio sobre a validade da cláusula de exclusividade em benefício do editor. A esse respeito convém reler o final do estudo de Trebilcock, escrito há 30 anos, relativo ao acórdão *Macaulay*, da Câmara dos Lordes, que considerou lesiva cláusula de contrato de edição de música, em que jovem compositor, na época desconhecido, que se tornou

209. Scherer 2001. Sobre o mercado da música, ver também Scherer 2004b. Kretschmer 2005 che-ga a resultados similares para o mercado da música na Alemanha e no Reino Unido

210. Bessen 2006.

211. Capítulo sobre o risco e o seguro.

212. Baumol 2004a; Merges 2003, 10 faz alusão a essa divisão de trabalho no mercado financeiro.

213. Scherer 2001, 20.

célebre depois, seria exclusivo da casa editora.[214] O impedimento pela Corte de tais cláusulas reduziu o lucro médio previsível para a editora e, em conse-quência, o círculo de jovens compositores desconhecidos aos quais esta daria oportunidade. Em outras palavras, a empresa precisa externalizar a maior par-cela do risco impondo-os aos compositores, não podendo equilibrar sua car-teira como melhor lhe pareça. Cada editora terá menos dificuldade de atrair jovens compositores que iniciaram a carreira em concorrente. Difícil predi-zer o efeito líquido dessa jurisprudência. Há que pesquisar analogias com as cláusulas de não concorrência, cujos efeitos foram atrás ressaltados, para concluir que a liberdade de concorrência seria a melhor garantia da inovação? A jurisprudência *Macaulay* deve ter levado casas editoras de música a alterar seus planos de negócios.

c. Landes e Posner sobre a duração útil do direito de autor

1102 A grande probabilidade de variação de resultados deveria ser refletida no valor que os criadores dão aos direitos intelectuais que obtêm. O fenômeno pode ser mensurado pela rapidez com que se manifestam no renovar seu di-reito, quando a lei os obriga a uma ação nesse sentido a fim de aproveitarem a plena duração potencial dele, o direito. Há dados sobre a renovação de di-reitos e muitos estudos os utilizaram. A partir de dados sobre a renovação e, sobretudo a não renovação, podem-se fazer extrapolações a respeito da dura-ção útil média dos direitos. Essa a abordagem adotada no estudo de Landes e Posner sobre o direito de autor nos Estados Unidos da América, no período que precede a adesão norte-americana à Convenção de Berna, em 1989.[215] O direito que tinha, na origem, em 1970, duração de 14 anos, renovável uma vez; atualmente se estende pela duração da vida do autor e mais 70 anos após a morte.[216] Na média, a duração do direito de autor nos Estados Unidos da América foi prolongada em 50% a cada 50 anos.

1103 Antes da adesão dos Estados Unidos da América à Convenção de Berna, o direito de autor devia ser requerido e, em seguida, renovado por solicitação do interessado mediante o pagamento de taxas.[217] Usando os dados relaciona-dos à não renovação do direito de autor no período que vai de 1934 a 1991, Landes e Posner extrapolaram para determinar uma duração média útil de 14 anos, havendo forte assimetria, o que confirma os resultados de Scherer. Para marcas de comércio, extrapolações análogas estabelecem duração média útil de 15,7 anos, sempre com assimetria bastante grande.

214. Trebilcock 1976; ver ainda Klein 1980, que discute este caso na seção IV.

215. Landes/Posner 2003a.

216. Ver o quadro produzido por Bell: <http://www.tomwbell.com/writings/(C)_Term.html>.

217. Landes/Posner 2003a.

1104 O progressivo aumento do prazo de duração do direito de autor que se estende, agora, pela vida do autor mais 70 anos (50 anos no Canadá e no Japão) não parece ser medida comum com a duração útil para os outros criadores; o que pode ser explicado como concessão feita para constituir o "maior lote" da loteria tendo em vista o conjunto de criadores, mas da qual só se beneficiará a minoria deles. Essa loteria interessa especialmente às grandes empresas editoras, cuja carteira inclui, por cessão, direitos de autor dessa minoria ganhadora. Pode-se pensar que tais empresas estão bem situa das para fazer valer seu ponto de vista perante o legislador. Recente estudo da lei norte-americana sobre direito de autor traz a imagem de uma máquina legislativa fora de controle e a reboque dos que buscam renda.[218] Pode-se duvidar da aplicabilidade da conclusão com as adaptações necessárias aos outros países desenvolvidos.

d. Moore sobre a variável duração útil da patente

1105 No que concerne à propriedade industrial, em 2005, Moore fez análise similar a respeito da renovação de patentes.[219] O escritório de patentes norte--americano recebe, atualmente, cerca de 350.000 requerimentos de patentes por ano e concede 180.000. O estudo observa que quase 54% dos titulares de patentes não renovam o direito no termo final. Há que presumir que tais patentes não têm, para os titulares, valor suficiente (rendas da exploração ou de licença, valor de sinalização nas negociações com outras empresas) que justifique pedido de renovação. O número de patentes depositadas não é, por si, bom indicador do nível de inovação Os resultados demonstram, ainda, assimetria na rentabilidade das patentes.

1105a. Nota da tradutora A concessão de patentes, no Brasil, reclamam alguns setores, é muito demorada. No setor farmacêutico, a queixa de alguns laboratórios prende-se ao atraso que isso acarreta no lançamento de produtos genéricos, que, argumentam, onera os consumidores.

e. Conclusão

1106 Esses resultados tendem a confirmar a enorme variabilidade das rendas obtidas com a atividade criativa. Parece uma loteria em que alguns ganham e muitos dos participantes perdem até a camisa. Levando em conta o elevado nível de inovação nos países desenvolvidos, há compatibilidade com a tese de Schumpeter segundo a qual apenas a busca de ganhos expressivos é passível de atrair os criadores para que se envolvam com a inovação.

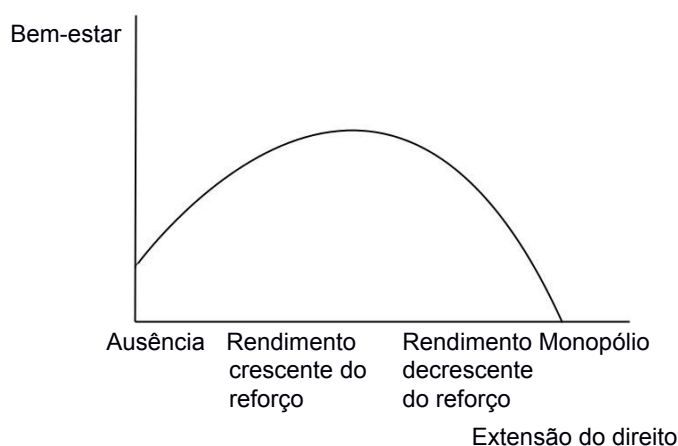
218. Nimmer 2004.

219. Moore 2005.

2. O EFEITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE A INOVAÇÃO

1107 Os desenvolvimentos teóricos expostos demonstram a complexa relação entre propriedade intelectual e inovação, e, por via de consequência, com o bem-estar geral. Inexistindo propriedade intelectual, a recompensa do inova-dor dependerá de regras menos eficazes; hipótese em que a criação da pro-priedade intelectual deveria produzir efeito líquido de estímulo. Em troca, em economias que já contemplam a propriedade intelectual, o reforço desse direito terminará por prejudicar a inovação pelo fato de interferir com a ino-vação por filiação. Toda inovação se apoia no saber existente.

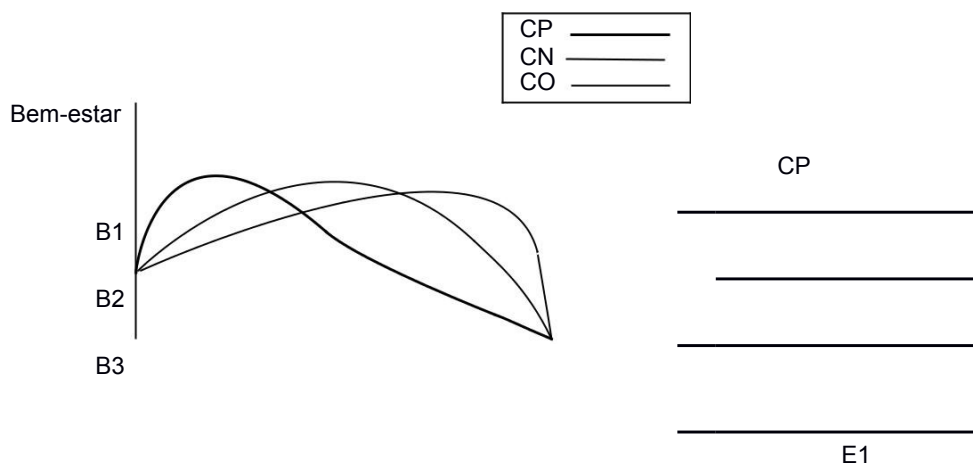
1108 Sag apresenta a relação graficamente.[220] A apresentação não considera senão o direito de autor, mas a lógica é aplicável ao conjunto de direitos in-telectuais (Figura II, 3.1). Globalmente o gráfico mostra a presumida relação entre a extensão do direito de propriedade intelectual e o bem-estar geral, permitindo supor que este é função direta do nível de inovação.

Figura II, 3. 1 – A relação geral entre a extensão do direito de propriedade intelectual e o nível de bem-estar (resultado do nível de inovação)

1109 O gráfico ilustra muitas ideias importantes. Em primeiro lugar, que na ausência de direito intelectual legalmente reconhecido a inovação não é nula, mas estará embasada em proteções residuais do direito comum. Isso foi o que levou, no capítulo precedente, a tratar da questão da origem de direitos sobre

220. Sag 2006, fig. 1 e 3; visualização semelhante é apresentada em Valkonen/White 2006, 45 ss.

produtos vegetais na França. Em segundo lugar, quando um direito intelectual é criado, o efeito de reforço dependeu de sua extensão: reforçar um direito fraco aumentará a inovação e, em consequência, o bem-estar (rendimento crescente); mas, reforçar direito bastante amplo (no eixo horizontal, o ponto marcado como Rendimento decrescente) poderia ter como efeito reduzir o bem-estar, sem dúvida por interferir com a inovação por filiação. Enquanto um monopólio real é garantido por lei, a inovação corre o risco de ser redu-zida. Já apontamos o exemplo do império telefônico da Bell na América do Norte para ilustrar o efeito do monopólio.

1110 Se o efeito de reforço da propriedade intelectual depende, por assim di-zer, do ambiente em que a situamos na curva, importaria conhecer a forma precisa que a reveste. A Figura II, 3.2 mostra como um otimista e um pessi-mista poderiam imaginar a curva. Para o otimista, a curva (marcada CO) se-ria muito assimétrica em direção à direita. Seguindo tal concepção, qualquer incremento do direito intelectual levará a um aumento do bem-estar. Já a concepção pessimista veria a assimetria em sentido contrário, na direção do eixo vertical (curva CP). Demonstram-se as divergências de pontos de vista aos quais as concepções poderiam dar lugar. No ponto E2 do eixo horizontal, o otimista exigiria reforço da propriedade intelectual predizendo que disso resultaria aumento do bem-estar (resultado superior a B1); o pessimista, ao contrário, prediria diminuição do bem-estar (resultado inferior a B3).

Figura II, 3. 2 – Concepções otimista (CO), pessimista (CP) e neutra (CN), sobre a natureza da relação entre a ampliação do direito de propriedade intelectual e o nível de bem-estar (resultado do nível de inovação)

1111 A seguir, é feito levantamento de estudos sobre a relação entre a am-pliação da propriedade intelectual e inovação. Um primeiro grupo se refere a situações em que não há propriedade intelectual e em que se estudam os efei-tos de sua criação (A); no

segundo momento examinaremos estudos sobre o efeito do reforço de direitos existentes (B); seguindo os que examinam o nível

de inovação nas indústrias em que propriedade intelectual é pouco protegida (C). Convém observar, dentro do grupamento entre fornecedores e receptores de ideias, onde os inovadores definirão a extensão da proteção da propriedade intelectual (D).

a. Efeito da criação da propriedade intelectual

1. Hesse sobre a propriedade intelectual durante a Revolução Francesa

1112 Relatando a evolução de políticas culturais durante a Revolução Francesa, Carla Hesse explica como a abolição da censura e de privilégios reais tanto no que se refere a jornais quanto a comércio de livros, no início da Revolução Francesa foi seguida por período caótico caracterizado pela pirataria de bens culturais. A edição se concentrava em títulos atrativos, vendidos rapidamen-te, e qualquer atividade de edição mais séria era vista como não viável.[221] A celebração, relembrada por Lakanal, durante a elaboração da lei de 19 de julho de 1973,[222] revela que produtos da genialidade como a mais pura forma de propriedade não bastavam para criar condições propícias ao comércio de livros. Era preciso reforçar os direitos de autor por uma norma de 1810 a fim de, novamente, reuni-los. Foi esta mudança que tornou possível coleção de "La Plêiade" e "Livros de bolso". Estudo mais recente de Carla Hesse sobre os debates referentes à nascente propriedade intelectual em toda a Europa, mos-tra a clivagem entre o ponto de vista segundo o qual as ideias – inspirações divinas – devem circular livremente e aquele que as consideram apropriáveis para garantir a viabilidade da edição.[223]

2. Scherer sobre a composição musical nos séculos XVIII e XIX

1113 Magistral pesquisa sobre o financiamento da música nos séculos XVIII e XIX foi feita por Scherer.[224] No período, houve gradual transformação do ganha-pão de músicos e compositores a partir de cargos em cursos e igrejas como de agentes livres, contratados pontualmente ou a curto prazo. Scherer identifica uma população de 646 compositores nascidos nesses dois séculos, entre 1650 a 1849, a respeito dos quais há dados suficientes para os propósi-tos fins do estudo.[225] Uma das observações fascinantes desse estudo se refere ao número de compositores por milhão de cidadãos no século XVIII. É o sécu-lo em que a legislação sobre direito de autor aparece na Inglaterra, ainda que

221. Hesse 1991, 241 ss.

222. Citado por Colombet 1986, 7 e por Edelman 1980, 44. Ver também Edelman 2004, 337 ss.

223. Hesse 2002, 35 ss.

224. Scherer 2004b.

225. Scherer 2004b, 7.

não em outros países europeus. Poder-se-ia esperar que o estímulo a vocações no período seguinte ao aparecimento do direito de autor seria mais numeroso na Inglaterra ao invés de nos demais países que não protegiam, ainda, formal-mente, o direito de autor. Comparando os períodos 1700-1752 e 1767-1847, Scherer nota efeito contrário. O Reino Unido tinha, durante o primeiro perí-odo, proporção menor de compositores do que Alemanha, Áustria e Itália; no segundo período em relação ao primeiro tinha cerca de 40%, como a Itália, enquanto na Alemanha a relação era de 73% e na Áustria de 95%. A tese do efeito estimulador positivo nada tem a ver com tais observações![226]

3. Estudos sobre o efeito estimulador da patente depois da Revolução Industrial

1114 Na área da criatividade industrial, em seu resumo magistral sobre a his-tória europeia, ao pesquisar as condições que possibilitaram a Revolução In-dustrial,[227] Mokir duvida de que a patente possa ter sido determinante.[228] De encontro com o indubitável efeito estimulador, lembra numerosas e fúteis corridas em busca de fortunas.

1115 No fim do século XIX, o Ocidente vira surgirem laboratórios de pesquisa aplicada ligando ciência e indústria.[229] Rosenberg e Birdzell, ao estudarem as condições da inovação não apontam a patente, especificamente, como condi-ção possível para ensejar esse desenvolvimento. Mas lembram a concorrência inovadora provocada pelo chamariz da patente que poderia ser obtida. No ca-pítulo sobre a propriedade vimos como, no século XX, agricultores franceses organizaram pesquisa aplicada voltada para seu campo, apesar da inexistência de direito positivo reconhecido sobre vegetais modificados.[230] Convém lem-brar que a simulação de um direito por meio de cláusulas contratuais pode viabilizar o desenvolvimento mediante, talvez, custos de transação mais altos do que resultariam do direito legalmente reconhecido.

***b.** Efeito de reforço à propriedade intelectual existente*

1116 Estudo de Lerner compara o número de patentes requeridas em função do regime de proteção patentária em cerca de 60 países no período de 150 anos (1852-1998).[231] O número de patentes requeridas é tomado como índice

226. Scherer 2004b, 195-196.
227. Mokyr 1990.
228. *Id.* 251-52.
229. Rosenberg/Birdzell 1986, 23.
230. Hermitte 1988.
231. Lerner 2002.

do investimento em pesquisa.[232] A importância do regime é medida por classe de invenções patenteáveis, duração da patente, custo e data a partir da qual se pode revogar a patente ou impor licenças compulsórias. O que se observa? O reforço à proteção da patente tem efeito mais relevante nos países em que o regime patentário é menos favorável do que nos outros; isto não surpreende. Por outro lado, nos países de forte proteção, comparado a outros, o reforço não traz efeito de estímulo adicional. Landes e Posner, entre outros pesquisa-dores, chegam a conclusões no mesmo sentido.[233]

1117 Em estudos empíricos relativos à patente, de forma abrangente, Tabar-rok conclui que em apenas 10% dos casos a patente parece ter sido condição essencial de inovação.[234] Em geral a patente não exerce papel de estímulo notável. A conclusão está de acordo com a de outros estudos empíricos.[235] Nas indústrias farmacêuticas, químicas, contudo, exerce papel importante. Tabarrok preconiza, no geral, proteção forte apenas para patentes cujo custo de inovação seja elevado em relação aos custos de imitação e fraca em todas as outras hipóteses.[236]

c. A inovação nas indústrias e a propriedade intelectual fraca

1118 Muitos estudos foram dedicados a indústrias em que há bastante ino-vação, mas em que a propriedade intelectual é protegida de maneira fraca: a indústria da moda, a de bases de dados e a de alta tecnologia estabelecida no Vale do Silício, na Califórnia. Passamos em revista esses estudos.

1. A indústria da moda

1119 Estudo de Raustiala e Sprigman tem foco na indústria da moda, quando as criações, como na América do Norte, não são protegidas.[237] Note-se que não se trata de epifenômeno: a indústria do vestuário movimenta valores mais significaticativos que as indústrias culturais reunidas.[238]

1120 Inicialmente o estudo explica a evolução do direito nos Estados Unidos da América. Nesse país, à falta de legislação que proteja os desenhos de moda, os *designers* e produtores se agruparam em associação profissional intitula-da *Fashion Originators' Guild.* A função da associação era impedir a pirataria

232. Moore 2005 sugere que este índice possa superestimar a intensidade da pesquisa.

233. Landes/Posner 2003b, 305. Sakakibara/Branstetter 2001.

234. Tabarrok 2002, apoiado, entre outros, em Mansfield 1986; Mansfield et al. 1981.

235. Sakakibara/Branstetter 2001.

236. Id., 19.

237. Raustiala/Sprigman 2006.

238. 750 MM$ US anualmente (Raustiala/Sprigman 2006, texto da nota 8).

do desenho entre seus membros. Os que transgredissem as regras teriam os nomes incluídos em lista negra, ficando sujeitos a multas e a boicote pelos demais membros. A lógica era a da formação do direito antes da legislação apresentada no capítulo precedente. Isto constitui uma forma de cerca. Em 1936, mais de 60% das vestes femininas de preço superior a $ 10,75 eram vendidas por membros da associação. Entretanto, as autoridades não viam essas práticas da associação com bons olhos e, em 1941, a Suprema Corte as considerou contrárias à legislação concorrencial (*Sherman e Clayton Acts*).[239]

1121 Seria o fim da criatividade na indústria da moda? Com certeza, não. Claro, casas de moda e produtores de vestimentas *prêt à porter* se copiam alegremente, mas não o fazem na Europa em que o desenho de moda é pro-tegido,[240] embora não enseje ações judiciais. As maiores casas copiadoras de moda, H&M e Zara, são europeias. Os autores tentam mostrar que nenhum obstáculo jurídico doutrinário impede a adoção de um regime protetivo, como mostra a legislação sobre desenhos de circuito integrado e aquele sobre cas-cos de barcos, ou o que protege concepções arquitetônicas. A explicação do vigor da indústria da moda deve estar alhures.

1122 Para Raustiala e Sprigman, a indústria se adapta ao equilíbrio fraco dos direitos intelectuais. A moda continua uma indústria pouco concentrada e muito diferenciada. No topo há concepções feitas sob medida, que os ricos ad-quirem dado o prestígio que conferem (o vestido YSL...). A economia fala em *positional goods.* O que estimula a cópia? Os adquirentes associam um valor ao fato de terem o original ao invés de uma cópia. Com ajuda do direito marcário os criadores procuram manter, no que for possível, a diferença entre original e cópia. Porém, o valor "posicional" do original é, certamente, muito maior à medida que aumentem o número e a diversidade de cópias. Vê-se a concep-ção original copiada no *prêt à porter* de luxo, depois na oferta e distribuição para o grande público: uma segmentação empurrada pelo mercado baseado na "pirataria".

1123 De outra parte, à medida que o número de cópias aumenta, o conjunto da concepção perde valor, e os adquirentes, para se distinguirem, buscam uma nova criação, que a indústria voluntariamente oferece. Entretanto, da perspectiva posicional, bem antes de serem usadas, as vestimentas ficam ob-soletas. A indústria tem interesse em provocar a obsolescência vivendo um

239. Fashion Originators'Guild v. FTC, 312 US 457 (1941).

240. Na França, lei de 12 de março de 1952 tinha por escopo reprimir as contrafações de criações das indústrias sasonais e de conjunto. Foi ab-rogada na reforma do Code de propriété intellectuel-le, em 1992. O Livro V do Code de la propriété intellectuelle, protege especialmente os modelos; demais disso o art. 112-2 § 14, consagra especificamente as "créations des industries saisonnières de vestimenta e o conjunto" entre as obras protegidas por direito de autor; no Canadá, *Loi sur les dessins industriels, LRC* 1985, ch. I-9. Para a União europeia *Directive 98/71/CE du Parlement européen et du Consei du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles, JO* nº L 289 de 28/10/1998.

ritmo frenético de inovação. Como mantê-lo? Em parte tolerando que alguns se inspirem nas concepções de outros, até mesmo no nível mais alto... Uma regra de tolerância adotada sob o véu da ignorância, cada um podendo ser tanto iniciador como copiador, imitador.

1124 Se essa leitura estiver correta indaga-se, com os autores, se não conviria aplicá-la, também, a receitas de cozinha, desenhos de móveis, tatuagens, cria-ções de cabelereiros e perfumes. Constata-se, porém, que as indústrias soli-damente fundadas no direito de autor, sejam de música, filmes para cinema, livro, programas de computador, têm, no universo das indústrias que vivem de equilíbrios fracos em matéria de propriedade intelectual, grau de concen-tração desigual. Talvez valha a pena ter presente, como sustenta Santagata,[241] que o conhecimento em matéria de moda é essencialmente *não cumulativo*, contrariamente aos domínios regidos especialmente por patente.

2. A indústria de bases de dados

1125 A indústria de bases de dados parece, à primeira vista, ajustar-se ao modelo de alta criação – custo de imitação baixo. Boldrin e Levine explicam como essa indústria teve, nos Estados Unidos da América, em que a base de dados não é legalmente protegida, crescimento muito mais elevado do que na Europa, em que, por legislação nacional é adotada conforme diretiva europeia.[242] Os resultados paradoxais estão expostos em artigo de Maurer e Scotchmer.[243] A explicação sugerida é que a concorrência estimula a inovação mais e melhor do que o monopólio, se o inventor tiver razoável garantia de recuperar seu investimento. Na área das bases de dados, a atualização conti-nua a oferecer aos clientes a qualidade desejada. Os contraventores não con-seguem imitar esse benefício sem incorrer nos custos de produção de bases de dados; em que a atualização regular constitui uma forma eficaz de cerca que assegura renda para o criador. A isso convém acrescentar que, se faltasse nos Estados Unidos da América proteção à base de dados por meio de um di-reito expressamente adotada para tal fim, mesmo assim poder-se-ia recorrer a instrumentos que, normalmente, são destinados a outros fins como o *delito por violação a bens móveis*, (interferir intencionalmente com o uso que alguém faz de seu bem),[244] e o *Computer Fraud and Abuse Act,*[245] lei originalmente

241. Sanagata 1998; também Barrère/Chossat 2004.

242. Boldrin/Levine 2005, c. 8, 18 ss. *Directive nº 96/9/CE du 11/3/1996, relativa à proteção de bases de dados, JO* 1996 nº L77/20 de 27/3/1996. A Comissão apresenta relatório de avaliação mais crí-tico da Diretiva: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/databases/evalua-tion_report_en.pdf>.

243. Maurer/Scotchmer 1999.

244. Ver explicação sumária: <http://en.wikipedia.org/wiki/Trespass_to_chattels>.

245. 18 USC 1030; <http://cio.doe.gov/Documents/CFA.HTM>.

concebida em 1986, como medida contra os *hackers* (invasores) de sistemas de informática.[246]

3. A divisão ganhadora de Silicon Valley

1126 Segundo estudo de Boldrin e Levine[247] há resultados que poriam em dú-vida a necessidade de severa exclusividade legal para assegurar a inovação. O estudo foi realizado por Gilson recaindo em cláusulas de não concorrência.[248] Essas cláusulas são utilizadas nos contratos de trabalho celebrados, entre ou-tros, pelas indústrias de novas tecnologias. Em Massachusetts o direito reco-nhece as cláusulas podendo a justiça impor sua observância. Na Califórnia, ao contrário, o direito as declara inválidas por incompatíveis com o direito fundamental de cada um de usar seus talentos, suas aptidões e seus conheci-mentos.[249] Quais os resultados? Em 1965, o emprego na região da "Rota 128", em Massachusetts, era o triplo daquele do "Vale do Silício", na Califórnia. Em 1975, crescimento de 500% dera ao Vale do Silício avanço de 15% em termos de emprego sobre a Rota 128. De 1975 a 1990 o Vale do Silício criou três ve-zes mais empregos nas novas tecnologias do que a Rota 128, e exportou duas vezes mais produtos eletrônicos. Em 1995, o Vale do Silício ocupava o primei-ro lugar nos Estados Unidos da América como área urbana de concentração tecnológica e a Rota 128 nem sequer fazia parte dos cinco primeiros.

1127 Será que tão espetacular diferença de resultados pode ser atribuída ape-nas ao diferente tratamento jurídico? Saxenian publicou, em 1994, estudo em que mostra o aparecimento de uma cultura de divisão na Califórnia que não chegou a Massachusetts.[250] Na Califórnia, o modelo de negócios se baseava em redes entre pequenas unidades, livremente recombináveis, enquanto a cultura em Massachusetts permanecia ligada às grandes empresas integradas verticalmente.[251] Qual a importância da diferença jurídica apontada? Difícil dizer. Mas é claro que o nível de proteção mais fraco aceito pelas empresas californianas para seu saber não impediu o desenvolvimento de um clima de inovação – bem ao contrário.

246. Agradecimento a Jane Ginsburg pela observação.

247. Boldrin/Levine 2005.

248. Gilson 1999.

249. California Business and Professions Code, sct 16600: Exceto como exposto neste capítulo todo contrato que alguém não pode celebrar em profissão legal, comércio ou negócios de qual-quer natureza é, nesse aspecto, nulo. (<http://caselaw.lp.findlaw.com/cacodes/bpc/16600-16607. html>).

250. Saxenian 1994. Agredecimento a Pam Samuelson e James Boyle, por chamarem a atenção sobre os estudos de Saxenian.

251. Saxenian 1994, 36-40.

1128 A conclusão é reforçada em estudo subsequente, recentemente publicado por Saxenian.[252] Explica como bom número de imigrantes, que tinha integra-do empresas inovadoras no Vale do Silício, retornou a seus países de origem e ali criaram "bolhas" análogas que, graças à Internet e à cultura partilhada, tra-balham em rede simbiótica com o Vale do Silício. Isso explicaria o espetacu-lar desenvolvimento que se observa em Taiwan, Bangalore (Índia), em certas regiões da China, em Israel. De outro lado, países como a Alemanha, França e Itália, que continuam a se valer do modelo de grandes empresas integradas verticalmente, estão bem longe de experimentar tais explosões de inovação.

d. O nível de proteção escolhido pelos inovadores

1129 Vale a pena estudar qual o nível de proteção desejado pelo grupo de ino-vadores que são tanto fornecedores quanto tomadores de novas ideias – uma espécie de véu de ignorância. Pode-se formular hipótese segundo a qual isso levará os participantes a escolherem arranjos jurídicos que garantem a maior inovação, correspondente ao teto da curva da Figura II, 3.1. Felizmente há um estudo em que são definidos direitos outorgados pelas licenças ditas *open source*.[253] De maneira geral, essas licenças visam a permitir a utilização do objeto protegido (por um direito de autor) e seus aperfeiçoamentos, desde que o produto aperfeiçoado seja posto à disposição nas mesmas condições, mas impedem a apropriação privada do objeto da licença. Servimo-nos, em outras palavras, do regime do direito exclusivo para criar um espaço de divi-são que pode favorecer a filiação. A fórmula é empregada, também, para projetos visando desenvolvedores e destinados a criar produtos utilizáveis pelos consumidores.[254]

1129a. Nota da tradutora O Brasil, nos últimos anos, tem privilegiado a produção de bens internamente; contudo o número de patentes requeridas, mesmo por Universidades, é modesto se comparado com países asiáticos (China, Japão e Índia, por exemplo). Talvez fosse conveniente repensar-se o modelo atual, e abrir espaços nas universidades e centros de pesquisa?

1130 Lerner e Tirole estudaram o universo de licenças *open source* do ponto de vista econômico.[255] Eles as desdobraram em 40.000 dentro de uma base de dados, a *SourceForge.* O estudo concluiu que as licenças voltadas, sobretudo,

252. Saxenian 2006.

253. Sobre o tema, estudado do ponto de vista jurídico, ler Guibault/van Daalen 2006; Lutterbeck et al. 2006.

254. Veja-se a interessante entrevista (em inglês) de Mme Esther Tyson com a presidente da Mo-zilla Foundation (responsável pelo navegador Opera), MmeMitchell Baker (<http://www.zdnet.fr/actualites/videos/0,39051288,39217290,00.htm>) sobre a maneira de administrar um projeto *open source*. Sobre a fórmula de partilha em matéria de patentes, Benkler 2004.

255. Lerner/Tirole 2005.

para a comunidade de desenvolvedores de programas para computador são, em geral, menos restritivas do que as destinadas aos consumidores finais. De modo geral, quanto menos restritiva for a licença maior será o número de desenvolvedores que dela se utilizam e participam da criação do produto. As restrições se explicam pela incerteza quanto às intenções dos eventuais licenciados. Os projetos voltados para produtos de grande interesse do pú-blico consumidor (p. ex. jogos, ferramentas burocráticas) recorrem a licenças mais restritivas do que as direcionadas para o desenvolvimento de programas. Parece, pois, que os desenvolvedores preferem a possibilidade de buscar ren-das quando se trata de produtos que poderiam ter potencial no mercado de consumo. Todavia, tratando-se de produtos de desenvolvimento, a proteção, a seu ver, ótima da propriedade intelectual é bastante reduzida: deixa espaço bem grande para a partilha.

3. A PROPRIEDADE INTELECTUAL E A PIRATARIA

1131 A propriedade só é viável se houver exclusividade para seu objeto. Para a propriedade intelectual, que toma emprestado muitos elementos essenciais à propriedade clássica, de se presumir que, em princípio, deveria ser a mesma coisa. Mas isso implicaria esquecer seu objeto – a informação – que não é, em essência, escassa. Custa pouco produzir um exemplar adicional de um CD ou de um DVD. O controle de preços desses objetos tem pouco a ver com sua produção material e mais com o plano de negócios para se obter certa receita da clientela alvo. A larga prática de partilha de música e filmes levaria as in-dústrias culturais a perderem receitas importantes e poria em xeque seu pla-no de negócios. Isso explicaria a ferocidade com que essa indústria persegue, perante os tribunais, práticas que considera pirataria.

1132 Teriam essas práticas efeito deletério? Alguns sustentaram a hipótese de que a partilha de arquivos de música por fórmula tão diversificada como Nap-ster, Grokster ou Kazaa, não gera perdas para os editores, bem ao contrário, é estimulante, pois os usuários teriam a oportunidade de conhecer o produto antes da compra. Se isso estiver correto, deveríamos questionar o mérito de decisões dos tribunais aceitando demandas de editores em que consideram ter havido violação de seus direitos (pirataria).[256] De todo modo, não é evi-dente que cada peça baixada corresponda a uma venda perdida pela indústria:

256. Duas decisões contrastadas podem ser identificadas: a da Corte federal do 7e Cir. nos Estados Unidos (na palavra do juiz Easterbrook, apoiado na decisão da Suprema Corte do país em MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 125 S. Ct. 2764 (2005), condenando os autores de Grokster por contribuição à contrefação) (*BMG Music c. Gonzalez*, 430 F.3d 888; 2005 U.S. App. LEXIS 26903, 9 déc. 2005) e a da Corte de Apelação Federal no Canadá (*BMG Canada Inc. v. Doe*, 2005 FCA 193, [2005] 4 R.C.F. 81, de 25 maio de 2005), confirmando a decisão de primeira instância rejeitando a demanda, da indústria da música, de impor as fornecedores o serviço de dar os nomes de clientes que compravam arquivos em espaços partilhados. Comentário: Steele 2005.

muitos ensaios não são conclusivos.[257] Por outro lado, a experiência do *iTu-nes* parece demonstrar ser possível conceber planos de negócios que levem os consumidores mais jovens a pagarem pela música que ouvem (e assim a remunerar os artistas), com a condição de tornar a operação mais simples e pouco onerosa. Projeto de lei francês, debatido na Assembleia Nacional, na primavera de 2006, e que teria forçado a Apple a tornar a música comprada pela empresa de *iTunes* reproduzível sobre qualquer plataforma, privando a Apple das receitas ganhas com a venda do *iPod* e do Macintosh, parece nesse sentido prematuro.

1133 Conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade da Pen-silvânia, no outono de 2004, reuniu autores de três estudos que pretendem mensurar esse efeito.[258] Os estudos são de alta qualidade no plano metodo-lógico. Oberholzer-Gee e Strumpf, por exemplo, se voltaram para a corres-pondência entre peças de música baixadas da Internet e a venda de CDs em que estavam gravadas. As conclusões são mistas: alguns autores encontram significativo efeito de deslocamento (tanto mais quanto os usuários têm aces-so a uma conexão de Internet de banda larga), outros o consideram insignificante. Peitz e Waelbroeck, utilizando dados europeus constatam efeito de deslocamento em estudo de 2004, mas concluem, em trabalho de 2005, que a partilha permite identificar melhor o utilizador e a música (*matching effect*), e que tal efeito supera as vendas perdidas (*competition effect*).[259] Andrés mos-tra, comparando diferentes países europeus, de 1994-2000, que a pirataria de programas de computador diminui com o nível de riqueza do país.[260] Gopal e outros desenvolvem modelo e apresentam dados decorrentes de observação que tendem a demonstrar que, ao reduzir os custos da amostra, a indústria encoraja os consumidores a fazerem cópias lícitas.[261] Tal conclusão é posta em dúvida por Liebowitz.[262] No conjunto os resultados não são conclusivos e não parecem suficientes para basear campanha de repressão, como a indústria da música fez, recentemente, nos Estados Unidos da América. O efeito dessa campanha parece ambivalente.[263] Justamente por isso é que Farchy exorta a indústria a se concentrar na formulação de novos planos de negócios.[264]

257. Gross 2004.

258. Oberholzer-Gee/Strumpf 2004; Rob/Waldfogel 2006; Zentner 2006. Os três artigos estão disponíveis em: <http://www.law.upenn.edu/academics/institutes/specialty/technology/sympo-sium.html>.

259. Peitz/Waelbroeck 2004, 2005.

260. Andrès 2006.

261. Gopal et al. 2004, 2006.

262. Liebowitz 2005, 2006.

263. Bhattacharjee et al. 2006.

264. Farchy 2004. Ver também Farchy 2003.

4. O ACORDO ADPIC E OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

1134 Muitos estudos tentaram determinar o efeito do reforço dos direitos de propriedade intelectual nos países em desenvolvimento após o Acordo de Marrakech (ADPIC ou TRIPS em inglês), no seu desenvolvimento econô-mico.[265] Levantamento de tais estudos foi feito por Gervais.[266] Sem surpresa observa-se que as multinacionais preferem estabelecer-se em países que ofe-recem a maior proteção desses direitos, tudo o mais permanecendo constante, apesar da baixa capacidade econômica dos cidadãos (notadamente no que diz respeito a medicamentos), e o prejuízo que isso cause às indústrias de pro-dutos genéricos no mercado (notadamente na Índia). A observação apenas confirma a preferência das indústrias por regimes que lhes confiram vanta-gens, assim como em outros contextos preferem se instalar em locais em que recebem subsídios, vantagens fiscais ou isenções na observância de certas re-gulações. Os países ficam presos num jogo de licitações (dilema do prisionei-ro com muitos jogadores,[267] que converge para a solução não cooperativa). A teoria prevê perda de bem-estar. Correa, em diversas publicações, denuncia a difícil situação em que o acordo TRIPS põe o país em desenvolvimento diante do que deveria ocorrer, e que ainda não foi corrigido por acordo complemen-tar de Doha.[268]

5. EXTRAPOLAÇÕES

1135 Os estudos permitem concluir que os direitos intelectuais podem ter pa-pel incentivador sobre a inovação e que a incerteza e a grande variação das receitas que perseguem são deles parte integrante. Segundo Merges, tais di-reitos permitem que agentes de menor porte, os pequenos, se financiem e entrem no mercado, fato que estimularia a inovação.[269] Não há, por outro lado, qualquer garantia de que a atual forma dos direitos intelectuais permita determinar se são meio de extrair efeito estimulador ótimo.

1136 Muitos desenvolvimentos recentes levantam mais dúvidas sobre o tema e permitem supor que a área levou a indevidas dúvidas no que concerne à busca de rendas por grupos de interesse concentrados. Após cerca de um quarto de século, notam-se reforço e extensão contínuos dos direitos de propriedade

265. Entre outros: Aoki 1998; Correa 2002, 2005; Drahos/Braithwaite 2002; Fink/Maskus 2005; Maskus 2000, 2005; Vaver 2002; Yu 2005.

266. Gervais 2005, 515 ss.

267. Ver o capítulo sobre as interações humanas.

268. Correa 2000. 2002, 2005.

269. Merges 2003, 12.

intelectual, notadamente nos Estados Unidos da América.[270] A variedade de objetos patenteáveis foi ampliada para além das fronteiras anteriormen-te tidas como não ultrapassáveis. São protegidos programas de computador, métodos de negócios e estruturas genéticas, bens que anteriormente eram considerados não patenteáveis em virtude da exclusão de ideias e elementos da natureza. Na verdade, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América pendeu para a doutrina expansionista de que, em princípio, tudo o que fosse moldado graças à inventividade humana deveria ser patenteado.[271] Muitos *si-tes* da Internet denunciam os perigos dessa doutrina, apontando a concessão de patentes duvidosas ou mesmo absurdas.[272] Estudo mais aprofundado sobre a inovação, da *Federal Trade Commission,* concluiu que a outorga de patentes duvidosas pode atrasar a inovação.[273]

1137 Ficou mais fácil obter patentes do que era antes, em parte porque o Bureau de patentes (nos Estados Unidos da América em especial) autorizado que foi a cobrar taxas, pode abreviar os exames. Os litígios em matéria de patentes custam muito caro nos Estados Unidos da América.[274] A notificação por ad-vogado alegando violação de patente pode lançar sombra devastadora, seja ela fundada ou não. A proliferação de patentes é tal que dificulta que o inventor se garanta de que não enfrentará ninguém ao desenvolver uma invenção.

1138 O caso *Blackberry* ilustra o fenômeno da *patent troll*[275] e das *patentes sub-marinas,* (escondidas) utilizadas em *hold up* quando o produto é lançado com sucesso no mercado.[276] Blackberry, uma pequena agenda eletrônica e telefone portátil, é muito popular nos Estados Unidos da América e no Canadá. A sociedade canadense RIM (Research in Motion), que desenvolveu e fabrica o aparelho, foi acusada de violar patentes pertencentes a uma sociedade norte--americana, a NTP. A patente cuja violação se alega refere-se à comunicação entre um servidor (no caso localizado no Canadá) e um aparelho móvel. O ti-tular da patente norte-americana nunca conseguiu fazer a invenção funcionar.

270. Boyle 2002.

271. "anything under the sun that is made by man" "qualquer coisa sob o sol feita pelo homem". *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980), 65 L.Ed.2d 144, 206 U.S.P.Q. 193 (1980), 100 S Ct 2204 (1980) (USSC), p. 2208 (<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl ?court=us&-vol=447&invol=303>).

272. Entre outros: <http://www.patent.freeserve.co.uk/; http://www.eff.org/patent/>.

273. FTC 2003, 5 (Questionable Patents Are a Significant Competitive Concern and Can Harm Innovation) é 6 (In Industries with Incremental Innovation, Questionable Patents Can Increase "Defensive Patenting" and Licensing Complications).

274. Jaffe/Lerner 2004, 68, 152, indicam que, nos litígios em matéria de patentes em que o valor supera US$ 25 milhões, o custo da defesa contra uma pretensão de violação da patente seria, so-mente ele, de cerca de US$ 3 milhões.

275. Em inglês, a palavra é pronunciada de maneira quase idêntica à *trawl*: pesca comercial.

276. Para resumo do caso, ver Surowiecki 2005; McKenna et al. 2006.

A sociedade NTP, sem atividade, pertence ao inventor (morto entrementes) e seu advogado, Me. Donald Stout, prestando-se, essencialmente, à eventual exploração de licenciamento de patentes.

1139 Em 2000, o titular de uma patente advertira por carta à RIM que o apare-lho Blackberry violava sua patente. A advertência foi ignorada pela RIM quan-do poderia regularizar o problema a baixo custo. Diante do silêncio da RIM, o titular da patente iniciou, em 2001, processo por violação de patente. Igno-rando o argumento de que os fatos alegados ocorriam no Canadá os tribunais norte-americanos, sem hesitação, considerando que a clientela norte-ameri-cana deixaria de usar o aparelho, entenderam ser competentes para decidir. Condenaram a RIM tendo os efeitos da condenação sido suspensos durante a apelação e, depois, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América refutou a apelação. Em fevereiro de 2006, o caso voltou à primeira instância que pode conceder injunção permanente, e intimou a RIM a cessar a violação da patente (e, portanto, de fato, compor a demanda ou cessar as operações nos Estados Unidos da América, seu mais lucrativo mercado).

1140 No meio tempo, o Bureau de patentes reexaminou essas patentes e con-clui pela invalidade, porém a decisão está sujeita a revisão e apelação, cujos resultados só serão conhecidos, possivelmente, daqui a muitos anos e, certa-mente, não antes da decisão de primeira instância sobre a injunção. Em março de 2006, foi celebrado acordo entre as partes no valor de 612,5 milhões de dólares norte-americanos. Em seguida, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu, em 15 de maio de 2006, que a alegação de violação de patente não enseja, automaticamente, direito à proibição do uso contesta-do.[277] A decisão de conceder, ou negar, a injunção deve estar embasada em quatro critérios: dano irreparável aos interesses do autor, recursos insuficien-tes para compor o dano causado, comparação entre os inconvenientes entre partes com peso maior em favor do autor, ausência de prejuízo ao interesse geral resultante de injunção permanente. Essa decisão sugere que a sanção pode variar de uma alegada violação de patente, ou outro direito intelectual, segundo sua contribuição para o avanço do saber, aportada pela pessoa cuja violação é reprovada. Poder-se-ia considerar, mediante interdição, espécie de pena alternativa, impondo-se aos que tiverem usado a inovação, a obrigação de pagar apenas os danos causados.[278] A sugestão remete à distinção entre as *regras da indenização* e da *interdição*.[279] Isso poderia fazer justiça ao princípio de que a propriedade intelectual abre espaço para a inovação por filiação e pode ser implantada pelos Tribunais. No mesmo sentido, pesquisador propôs, re-centemente, a proteção de avanços menos importantes, menores, pelo direito

277. MercExchange v. eBay, USSC de 15/5/2006, nº 05-130.

278. Geller 1998.

279. Ver capítulo tratando do teorema de Coase.

intelectual – que leva, a seu ver, à forte monopolização – mas por meio de um direito menos forte, de curta duração, compreendendo apenas a obrigação de indenização acompanhada de permissão a todos para usarem por emprésti-mo.[280] A proposta se assemelha à licença obrigatória sistemática e tem desta a mesma dificuldade, a saber, como fixar a indenização. Recentemente emergi-ram reclamos contra o uso de regras de indenização em matéria de proprieda-de intelectual, por borrarem os contorno de direitos e complicarem, por isso, a coordenação das ações que tais direitos devem incentivar[281]

1141 De maneira geral, o número de litígios em matéria de patentes – medido em proporção aos dólares gastos em pesquisa e desenvolvimento – aumentou de forma dramática, impondo, de fato, um "imposto" sobre a inovação.[282] Nem todos os desenvolvimentos se traduzem, manifestamente, em crescimento de inovação. Ao contrário, dois autores concluem que a posse de patentes tem correlação *negativa* com a intensidade da pesquisa e desenvolvimento, haven-do outros estudos nesse sentido.[283] A isso convém acrescentar a observação de Dreyfuss Cooper que sustenta que a natureza da atividade inventiva também mudou ao longo dos dez últimos anos:[284] a derivada da patente, deplorada por Jaffe e Lerner, não seria devida, apenas, ao Bureau de patentes norte-america-no e à posição complacente dos tribunais norte-americanos, notadamente o Tribunal de Apelação do Circuito federal. É preciso ter em consideração que a ciência básica e a aplicada se aproximam, e que as universidades, – ao menos nos Estados Unidos da América – estão autorizadas, são incentivadas, a obter patentes em conformidade com e o *Bayh-Dole Act.*[285] Dreyfuss Cooper concor-da com Jaffe e Lerner quanto à oportunidade de reforma da legislação visando a facilitar o procedimento de oposição às patentes.

1142 A situação não é muito melhor na área do direito de autor como mostra o recente e magistral estudo de Nimmer.[286] Sua duração foi prolongada por 70 anos após a morte do autor. Até nos Estados Unidos da América, atualmente, o direito é obtido sem formalidades. Foram ampliadas as espécies de atos reservados. Os meios de repressão contra qualquer uso pela indústria, não conforme, receberam vigoroso reforço com a adoção do tratado da OMPI de

280. Reichman 2000.

281. Kieff 2006.

282. Bessen/Meurer 2005.

283. Bessen/Hunt 2004. Ver também Sakakibara/Branstetter 2001; Landes/Posner 2003b, 305; Gallini 2002.

284. Dreyfuss Cooper 2005b.

285. c. 38 do título 35 (patente) do US Code, em vigor a partir de 1981. A lei permite às univer-sidades pesquisar e obter patentes de invenções realizadas em seus espaços ainda que a pesquisa tenha sido financiada com recursos públicos.

286. Nimmer 2004.

1996, e da legislação ao depois aprovada, particularmente o *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) nos Estados Unidos da América[287] e a *Diretiva 2001/29/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, sobre harmonização de certos aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação.*[288]
O tratado e a legislação que se seguiu proíbem qualquer interferência com as medidas técnicas de proteção e as informações relativas ao regime de direi-tos.[289] A transposição norte-americana do tratado no DMCA permite, efetiva-mente que a indústria feche qualquer uso não conforme, seja autorizado por lei, ou não, a título de uso equitativo (*fair use*) e que a interferência ocorra nos Estados Unidos da América ou em outro local.

1143 Os desenvolvimentos são fonte de algumas preocupações. Posner tem dúvidas, tanto que escreveu: "Por tudo que sabemos, muitos recursos são aplicados na criação de novidades em matéria de biotecnologia, programas de computador, filmes, produtos farmacêuticos e métodos de negócios, por-que os direitos que recaem sobre os resultados são definidos de forma muito ampla."[290]

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

1144 Neste capítulo, a propriedade intelectual foi apresentada como compro-misso entre a lógica do estímulo, emprestado da propriedade clássica, e a da liberdade, sendo objeto desse direito as estruturas de informação. A infor-mação está na raiz de nosso saber, de nosso idioma, de nossa cultura. Em grande número de situações a informação é engendrada e partilhada sem que se pense a respeito. A economia funciona bem melhor quando a informação circula facilmente. Há, entretanto, situações em que produzir informação re-quer talentos e esforços especiais que devem ser atraídos para essa atividade. Há interesse em direcionar talentos e esforços que aparecerão se os desen-volvimentos técnicos permitirem a difusão em grande escala dos resultados da criatividade humana. Os direitos intelectuais existem há apenas alguns séculos. Não surgiram mais cedo na história humana porque as técnicas de difusão atuais não eram, então, disponíveis para mostrar sua utilidade.

1145 Entre as instituições suscetíveis de orientar a criatividade humana, os di-reitos intelectuais têm essa particularidade pois são concedidos a quem quer

287 *Digital Millennium Copyright Act, Public Law* 105–304 – Oct. 28, 1998, 112 STAT. 2860.

288. *JOCE* de 22.6.2001, L 167/10.

289. Tratado da OMPI sobre o direito de autor de 20 de dezembro de 1996, art.11, 12 <http:// www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html>.

290. Posner 2002, 12 (Pelo que sabemos, muitos recursos estão sendo destinados a criação de nova biotecnologia, programas para computador, filmes, farmácias e métodos de negócios porque os di-reitos a essas diferentes formas de propriedade intelectual foram definidas de forma muito ampla).

que seja e que preencha as condições de criatividade, sem que isso implique decisão discricionária de autoridade pública. Em segundo lugar, as receitas que o criador aufere dependem de decisões de muitos consumidores que, individualmente, pagam pelo fruto da sua criatividade e não da decisão discri-cionária de uma autoridade política.[291] Nesses sentidos, a propriedade intelec-tual é radicalmente descentralizada e não paternalista.

1146 A criatividade humana raramente se exerce *ex nihilo;* a maior parte das cria-ções repousa sobre criações anteriores. O saber (fazer) humano é cumulativo. Para a propriedade intelectual a consequência daí decorrente é que a exclusivi-dade concedida a título de propriedade deve ser limitada uma vez que dificulta a acumulação de criatividade. A porta que se abre para o criador que acaba de fazer uma criação é a mesma que se fecha para outras futuras criações.

1147 Qual o grau de exclusividade a ser concedido? Não é possível basear-se no teste de que o criador deve recuperar seu esforço, pois isso nos fecharia num círculo vicioso. A decisão de investir em tal criação, e o montante e a importân-cia das despesas e dos esforços feitos são limitados pelas receitas que o criador espera auferir no mercado se a criação vingar, se tiver sucesso comercial. Mas, tal esperança não é fixa, determinada, podendo variar conforme a inventividade e os direitos disponíveis, como se vê no caso do sucesso de *Harry Potter* e os ganhos obtidos por sua autora J. K. Rowling. Claro, ninguém investirá em uma atividade criativa se não tiver esperança de recuperar seu esforço. Mas, o teste é prospectivo e espelha a subjetividade do criador que, apostando na realidade, pode perder a camisa. Aplicá-la, retrospectivamente, a uma criação feita inter-feriria com a lógica do "*gros lot",* necessária para atrair os criadores.

1148 Idealmente gostaríamos de tomar a decisão sobre o grau de exclusividade a ser concedido a título de propriedade intelectual sob o véu da ignorância,[292] quer dizer, na situação em que os participantes sabem que serão tanto cria-dores, com direito de ser remunerados, quanto os tomadores obrigados a pagar pelo acesso. A decisão teria todas as possibilidades de ser justa, não privilegiando nenhuma das posições, mas procurando o que geraria a maior criatividade total.

1149 No mundo real, tais condições não serão, jamais, perfeitamente reunidas. Os participantes de um *patent pool* podem estar próximos dela, mas podem,

291. John Stuart Mill justificava a propriedade intelectual em termos semelhantes: "an exclusive privilege, of temporary duration is preferable; because it leaves nothing to anyone's discretion; because the reward conferred by it depends upon the invention's being found useful, and the greater the usefulness, the greater the reward; and because it is paid by the very persons to whom the service is rendered, the consumers of the commodity". (Mill 1848/1985, 296 (Bk V, ch. X, §
4 (10.24), citado em Machlup/Penrose 1950, 20. "privilégio exclusivo de duração temporária é preferível, porque não nada à discricionariedade de ninguém; como a recompensa conferida por ele depende da invenção ser considerada útil, à maior utilidade a maior recompensa; e porque é paga pela própria pessoa a quem o serviço é prestado, os consumidores do bem".

292. Termo emprestado de Rawls 1971, 136 ss.

também, se organizar em cartel se cuidados não forem tomados. A história nos mostra o que acontece quando direitos de exclusividade (monopólios) admitidos forem muito fortes, como o que advém se forem muito fracos, ain-da que tais efeitos não sejam necessariamente fáceis de observar em campo, como mostra o caso do império Bell. A criatividade humana não cessa, mas será orientada para outras estruturas ou arranjos que permitam que o criador seja remunerado. Nada assegura, pois, que tais estruturas ou arranjos permi-tam ampla difusão do saber e do acúmulo que a isso se segue. O exemplo dos artesãos que fazem violinos lembra que o saber pode se perder pelo segredo.

1150 Sustenta-se a tese pela qual diferentes direitos da propriedade intelectual refletem, nas suas estruturas, equilíbrio entre a exclusividade conferida ao criador a fim de lhe garantir a possibilidade de buscar remuneração por sua criatividade e o interesse em fazer sua criação circular, permitindo o acúmulo do saber. Nada permite afirmar que o equilíbrio atualmente existente é *ótimo*, mas o nível de criatividade conhecido, e sobre o qual se baseia nosso bem-es-tar, permite crer que não nos conduz a total disfuncionamento. Caberia pen-sar duas vezes antes de modificar a situação atual para recepcionar reforço da proteção reforçada conforme parâmetros (alavancas) que definissem: os ob-jetos a serem protegidos e os titulares do direito; as condições para obtenção do direito; as prerrogativas conferidas ao titular (determinando a extensão da exclusividade que se pode fazer valer); e a duração do direito.

1151 O exemplo da indústria da moda faz refletir: parece funcionar bastante bem e fazer prova da criatividade cabendo à propriedade intelectual papel reduzido em comparação com as grandes indústrias culturais. Nota-se que a concentração industrial é menos vasta ou extensa do que nestas. Não estamos convencidos de que as específicas condições que tornam este equilíbrio viável sejam reproduzíveis em indústrias como música, filmes para cinema, livro e programas de computador, e menos ainda que a propriedade intelectual possa ser ab-rogada sem perda para a coletividade como sustentam alguns.[293].

1152 Durante o último quarto do século “alavancas” de direitos de proprieda-de intelectual foram deslocadas de forma sistemática no sentido de estender os direitos, abarcando a propriedade industrial, a propriedade literária e a artística.[294] Tais mudanças, realizadas sob pressão de grupos de interesse que deveriam responder a mudanças técnicas, tornaram as lei opacas, ou seja, incompreensíveis, o que pode minar a função social do direito, como muitos apontaram.[295] Os pontos de fricção a serem acompanhados após esses desen-volvimentos compreendem padrões e normas comuns para uma indústria;[296] a

293. Ver Lemennicier 2006 e a litteratura similar no *site*: <http://lemennicier.bwm-mediasoft.com/article.php?ID=125&limba=fr> assim Sagot-Duvauroux 2002.

294. No mesmo sentido Boyle 2002, 15.

295. Geller 2006; Vaver 2006.

296. Ver, por exemplo, Mueller 2002.

possibilidade de recompilar, ou remontar à fonte de produtos e, dessa forma, garantir novos produtos compatíveis; ferramentas de diagnóstico e analíticas (por exemplo, no campo da genética); tecnologias e infraestruturas considera-das essenciais;[297] o conhecimento científico anterior de que se permitiria ape-nas a livre partilha, conforme Nelson, os grandes descobrimentos dos últimos séculos;[298] as práticas contratuais visando a eliminar formas de uso livremen-te acordadas pela lei (prática que poderíamos considerar contrária ao interes-se geral que representa, aqui, o equilíbrio inerente aos direitos intelecuais). Merges, recentemente, ao fazer analogia entre a introdução das patentes no setor das ferrovias no século XIX e os programas de computador no século XX, entende que o reconhecimento da patente não significou o colapso das indústrias pertinentes, mas poderia, ao contrário, depois de um período de instabilidade, levar a mais criatividade com a atividade de pequenos empreen dedores.[299] Com Nelson concluíra, em 1990, que "todo potencial inventor é, também, potencial contrafator. Assim o reforço de direitos exclusivos não necessariamente acrescerá ao incentivo para inventar; pode ser o caso de cer-tos pioneiros, mas pode, também, ter como efeito aumentar, sensivelmente, o risco para quem aperfeiçoa uma invenção de ver-se centro de litígos. Con-cedida uma patente ampla, ou que venha a ser ampliada pela doutrina dos equivalentes, essa amplitude tende a diminuir o interesse para que outros participem do jogo da invenção, na comparação com patentes cujos pedidos ficam mais próximos dos reais resultados do inventor".[300]

1153 A disfunção resultante do deslocamento induzido pelo equlíbrio – criativi-dade média ou desviada – não seria necessariamente de fácil regulamentação, nos mostram os anos 1970. Pode-se, porém, ver a criação de espaços de partilha (*open source, open content, copyleft, creative commons*) como indicativos do desejo de descobrir, pela experiência, se a partilha – e a concorrência – induzem a ní-vel superior de criatividade.[301] A participação de gigantes como IBM e Oracle

297. Frison-Roche 2005, 92, 231-235; Tirole 2005, 24.

298. Nelson 1959; 2005; no mesmo sentido, Boyle 2002, 23; Burk 2006; ver Merges 1996a, que vê regime duplo e em transição.

299. Merges 2003; ver também Bell 1998, que formulara conclusão similar no campo do direito de autor.

300. Merges/Nelson 1990, 916 (Ultimately it is important to bear in mind that every potentia-linventor is also a potential infringer. Thus a "strengthening" of property rights will not always increase incentives to invent; it may do so for some pioneers, but it will also greatly increase an improver's chances of becoming enmeshed in litigation. Indeed this is the very heart of our case. When a broad patent is granted or expanded via the doctrine of equivalents, its scope diminishes incentives for others to stay in the invention game, compared again with a patent whose claims are trimmed more closely to the inventor's actual results.).

301. Sobre o domínio público como espaço de partilha, ver as atas do colóquio organizado pela universidade de Duke em 2003: Boyle 2003a e b; Guibault/Hugenholtz 2006; Hess/Ostrom 2003; Rose 2003; Samuelson 2003.

nesses desenvolvimentos permite supor que consideram as receitas obtidas de serviços ou dos aparelhos vendidos como acessórios do produto mais promis-soras do que a hipótese de monopólio de fato que enfrentariam na ausência de produtos partilhados (como Linux).[302] Isso faz parte do processo de experimen-tação e de descoberta que se desenrola sob nossos olhos.

1154 A extensão dos direitos intelectuais pode levar a bloqueios que, na falta de fechaduras incorporadas na própria estrutura desses direitos provocariam intervenções a título de direito da concorrência, como os europeus fizeram nos casos *Magill e IMS Health.* Pode-se indagar se o direito, de vocação ge-neralista, é a melhor ferramenta de intervenção na área do que o direito de propriedade intelectual.

1155 Para preservar a propriedade intelectual é oportuno lembrar os princípios fundamentais desse direito. Recentemente cientistas preconizaram o retorno a eles, na *Adelphi Charter.*[303] A Carta preconiza, entre outras, presunção contra a criação de novos domínios de propriedade intelectual, contra a extensão das prerrogativas ou da duração de associação em relação a direitos existentes, e atribui aos demandantes o ônus de demonstrar que a mudança que desejam aperfeiçoará o bem-estar econômico. É, pois, de crer, onde seja possível, que estruturas determinando que seja demonstrado o interesse ligado a seu direito pelos que o aspiram e a falta de manifestação de interesse seja considerada mo-tivo para aceitar o objeto em livre circulação, o regime base da informação. A proposta de Landes e Posner, de um direito de autor renovável – eventualmente número determinado de vezes – vai nessa direção.[304] A duração de um direito variaria conforme o interesse que seu titular lhe atribui. A proposta dos auto-res teria o mérito de desmantelar o *lobby* de poderosas indústrias culturais que buscam prolongar a duração fixa do direito de autor, e se aplicará, sem dúvida, ao conjunto de autores, ainda que a maioria deles não tenha necessidade e que muita criação seja impedida, de modo inútil, de circular livremente.

1156 O conjunto de direitos de propriedade intelectual abre espaço para que a análise econômica do direito seja útil ao atentar para os reais problemas.[305] Permite articular teste para determinar com segurança a estrutura ótima des-ses direitos. Convite aos pesquisadores em busca de prêmio Nobel...

INDO ADIANTE

1157 Há, em francês, uma comunidade voltada para a análise econômica de muitos aspectos da propriedade intelectual (Frison-Roche/Abello 2005).

302. Ver Merges 2004.

303. Adelphi Charter on Creativity, Innovation and Intellectual Property: <http://www.adelphi-charter.org/adelphi_charter.asp>.

304. Landes/Posner 2003a, Posner 2003a.

305. Samuelson 2004 estima que tal papel até aqui muito modesto, deve crescer.

Nada obstante seja obra sucinta, o livro de Lévêque e Menière faz excelente apresentação da matéria, notadamente da propriedade industrial (Lévêque/ Menière 2003). Note-se que os autores publicaram versão em inglês do texto. Complementarmente pode-se ler, na mesma coleção *Repères,* texto de Foray sobre a economia (a nova economia!) do conhecimento. O texto sobre a eco-nomia da propriedade intelectual redigido por Tirole e outros mostra balanço sombrio a respeito do que se percebe como efeitos recentes derivados da pro-priedade intelectual (Tirole/Henry 2003). Em inglês, Jaffe e Lerner oferecem retrato de efeitos derivados do direito patentário nos Estados Unidos da Amé-rica, e em especial propostas de reforma (Jaffe/Lerner 2004). O texto recente e de fundamental importância, de Landes e Posner, reúne suas contribuições a respeito de diversos aspectos da propriedade intelectual. (Landes e Posner 2003). Especialmente deve-se consultar o capítulo 8 sobre a duração ótima do direito de autor e do direito sobre marca de comércio. A obra coletiva de Thierer e Crews traz o atual estado do debate com posições contrastantes sobre propriedade intelctual e a era da informação (Thierer/Crews 2002). Merges e Ginsburg retomam, de forma resumida, em compilação destinada ao ensino, numerosas contribuições norte-americanas à análise econômica da propriedade intelectual (Merges/Ginsburg 2004). Boldrin e Levine atualizam a tese do abolicionismo sustentada por alguns após o reconhecimento inicial da propriedade intelectual porque constitui, de fato, entrave à inovação, nota-damente pela busca de rendas à qual é vulnerável (Boldrin/Levine 2005).

capítulo **4**

A responsabilidade civil extracontratual

"The proper office of the tort system is to control avoidable blunders under existing technolo-gy, and that function will be compromised if it is assigned any more ambitious role." ***Richard A Epstein***[1]

"A correta função de um sistema de responsabilidade é controlar os erros evitáveis em função da tecnologia existente e tal função ficará comprometida se lhe for atribuído qualquer pa-pel mais ambicioso."

1158 Relevante decisão da Corte de Apelação de Québec, na vigência do antigo Código Civil, Katz c. Reitz,[2] determinou que o proprietário que, ao construir em seu terreno, edifício de apartamentos, provoca a queda ou o colapso da casa unifamiliar vizinha deve reparar o dano, ainda que tenha tomado todas as precauções razoáveis para afastar a eventualidade. À primeira vista, a decisão parece clássica: quem causa dano a outrem deve reparar o prejuízo. A regra foi codificada no *Código Civil de Québec*, de 1994, nos artigos 991 a 976,[3] e a Corte de Apelação teve a oportunidade, recentemente, de confirmar essa leitura.[4]

A reparação pode-se dizer, restaura o equilíbrio rompido.

1. *Simple Rules for a Complex World*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1995, p. 103.

2. [1973] CA 230.

3. O novo *Código Civil de Québec* prevê no artigo 991: O proprietário do terreno não deve, se realizar construções, obras ou plantações no seu terreno, afetar o terreno do vizinho nem comprometer a solidez das construções, obras ou plantações ali existentes. Art. 976: Os vizinhos devem aceitar os inconvenientes normais da vizinhança que não excedam os limites de tolerância devidos entre eles, conforme a natureza ou a situação de seus terrenos, ou conforme os usos locais. No direito francês, ver art. 674 do Code civil.

4. *Gourdeau c Letellier de St-Just*, [2002] RJQ 1195 (CA). A jurisprudência francesa adota igualmente a posição da responsabilidade sem que haja culpa. Ver Civ. 3º, 4 févr. 1971 : Bull. civ. III, nº 78 e 80; R. 1970-1971, p. 46, *GAJC*, 11ª ed., nº 74-75 (III); *JCP* 1971. II. 16781.

1159 A decisão provocou celeuma. Parecia afastar o princípio dos sistemas ci-vilistas fundados na responsabilidade civil extracontratual por culpa.[5] Culpo-sa é a conduta que se desvia daquela que uma pessoa prudente adotaria dadas as circunstâncias. A noção varia, para retomar a fórmula clássica, "segundo a época e local da alegada culpa. Depende dos usos e costumes, assim como dos meios mais aperfeiçoados, de previsibilidade e de inevitabilidade do dano, que a ciência moderna oferece ao agente".[6]

1160 A lógica em que se baseia a responsabilidade civil extracontratual, ou seja, o objetivo ou objetivos deste direito, deve ser investigada. A questão é importante vez que determina o que convém tratar como anomalia, ou enfra-quecimento do regime, em oposição à simples variante, e orienta a reflexão em relação aos remédios que, no caso, podem ser adotados.[7]

INTRODUÇÃO: OS OBJETIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL

1161 Para responder à questão, os civilistas recorrem à doutrina. No direito de Québec, Baudouin e Deslauriers,[8] autores do principal tratado da matéria, supõem que a responsabilidade civil extracontratual tem "[...] como função principal compensar a vítima por prejuízo de natureza pessoal. Tem, também, em menor grau, escopo preventivo […]".[9]

1162 Segundo esse ponto de vista, o acórdão *Katz* estaria bem explicado, não, contudo, a insistência do direito sobre a culpa. A posição realça, também, perguntas em relação aos fatos. Se a indenização for o principal escopo da responsabilidade civil, por que dificultar a identificação e fazer com que pes-soas que têm qualquer relação com o dano paguem?[10] Por que admitir que se requeira injunção contra a pessoa que pode agir culposamente?[11] Bastaria

5. Arts. 1382 e 1383 do Código Civil Francês; art. 1053 do Código Civil do Baixo-Canadá (código antifo); art. 1457 do *Code Civil du Québec* (em vigor a partir de 1994).

6. Savatier 1951, nº 166, p. 208.

7. Epstein observa que a responsabilidade por culpa, assim como a responsabilidade sem culpa, re-ceberam apoios importantes ao longo da história e menciona a impossibilidade de obter consenso sobre a escolha entre as duas (Epstein (1995), p. 93).

8. Baudouin/Deslauriers 2003.

9. Baudouin/Deslauriers 2003, nº 67, p. 43-44. A reparação é proposta em todo o livro como o principal senão o único objetivo da responsabilidade civil. Ver por ex. nºˢ 10 (p. 5-6), 15 (p. 9), 334 (p. 267). Viney 1995, nº 36, p. 58 acentua, igualmente a função indenizatória e expõe dúvidas sobre a função preventiva da responsabilidade civil (nº 40, p. 64). Uma concepção diferente para o direito francês é oferecida em Maître 2005, nº 111, p. 56.

10. Baudouin/Deslauriers 2003, nº 16, p. 9-10; Viney/Jourdain 1998, nº 333-2, p. 154.

11. Baudouin/Deslauriers 2003, nº 220, p. 237.

tratar qualquer acidente como problema de seguro social.[12] Esta é a solução neozelandesa.[13]

1163 Em 1974, na sequência do *Woodhouse Report,* publicado em 1967,[14] lei da Nova Zelândia determina que cabe ao Estado garantir todo e qualquer feri-mento acidental resultante de intervenção médica, de acidente de trabalho, de acidente rodoviário, em casa ou na prática de esporte, ou quaisquer outras causas, exceto para ferimentos por acidentes causados pela própria vítima e por moléstias comuns. Qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, vitimada por acidente pode reclamar contra o fundo estatal administrada pela *Accident Compensation Administration.* O direito de demandar fundado na culpa (*negli-gence*) por danos decorrentes de acidentes regidos pela lei perde o objeto, é abolido, salvo nos casos de indenizações exemplares. O regime é, na origem, financiado por imposto cobrado de empregadores e trabalhadores autônomos, condutores de veículos, sistema de seguro-saúde e imposto geral.

1164 O afastamento da culpa não é, em geral, solução adotada pelos sistemas civilistas, nem, aliás, pelos da *common law,* embora existam regimes desse tipo para áreas específicas, como acidentes de trabalho ou rodoviários. A culpa, em princípio, continua a ser elemento essencial da responsabilidade civil extracontratual. A fórmula empregada nos textos do Código é emblemática. Prevê a responsabilidade extracontratual para *aquele que, por sua culpa causa dano a outrem*,[15] e não o direito à reparação do dano para quem, por culpa de outrem, sofre uma perda.

1165 Se a doutrina oferece resposta que, à primeira vista, não se ajusta ao tex-to do Código, em certas situações marcantes é preciso aprofundar a questão do objetivo do instituto jurídico. O legislador não o enuncia expressamente. Convém buscar resposta examinando a estrutura do instituto e indagar que efeitos provoca e as formas pelas quais se supõe que contribua para a coexis-tência pacífica, objetivo geral do direito. Recorrendo à análise econômica do

12. Glanville L. Williams já havia sugerido, em 1951: "Diz-se comumente que a ação civil por da-nos visa à compensação, em oposição à ação penal que visa a punição. Isto, porém, não vai ao fundo das coisas [...] É para restaurar o *status quo ante*? [...] E não poderíamos restaurar esse *status* de ou-tra forma melhor, por exemplo, mediante sistema de seguro nacional?" (Glanville 1951, 137-152, reproduzido em Ogus/Veljanovski 1984,103-105, na p. 103). Outros autores veem, igualmente, uma pluralidade de objetivos na responsabilidade civil extracontratual. Ver por exemplo: Linden (2001), capítulo primeiro; Tunc 1989c. IV; Atiyah 1980, partes 5 e 6.

13. Sobre a experiência neozelandesa, há literatura abundante. A Corporation neozelandesa de indenização (ACC – *Accident Compensation Administration*) tem um *site* na *web* com página histórica no endereço: <http://www.acc.org.nz/a/ahistory.htm>. Sobre as esperanças suscitadas pelo regi-me, consulte-se Palmer (1979); Atiyah (1980), p. 620-623; Gardner (2004), 591-612; Tunc 1989, 79-83. Sobre os reais efeitos e as reformas necessárias, ver Danzon 1998, 632-633; McEwin 1989, 13-24.

14. Woodhouse Report 1967.

15. Arts. 1382 e 1383 do Código Civil Francês; art. 1457 C.c.Q.

direito tem-se preciosa contribuição. Parte-se do princípio de que as institui-ções modulam o custo dos diferentes comportamentos que as pessoas podem escolher em suas interações, e se examina como, em consequência, os adap-tam (seus comportamentos).

1166 O problema da solução neozelandesa, como os neozelandeses constante-mente pagam o custo e como a teoria – veremos – prediz, é que a abordagem consistente em considerar qualquer acidente como problema de seguro social leva a aumento incontrolável de despesas com acidentes. Em relação à Nova Zelândia, Danzon relata que entre 1975 e 1989 o custo do regime aumentou em cerca de 20% ao ano, ou 6% em moeda constante.[16] A explicação é sim-ples: ninguém mais tem interesse em preveni-los, nem mesmo os causadores dos danos, o que aumenta a tendência de ser menos diligente – o que os economistas denominam *risco moral* – nem os representantes do Estado que administram os recursos do seguro social, os quais creem que poderão ser acusados de arbitrariedade se deixarem de pagar as indenizações.

1167 Os neozelandeses tiveram de reformar o sistema em 1992, e bastante, para conter essa tendência. No campo da medicina foi criado um financia-mento baseado em contribuições de médicos, com diferenciação de prêmios conforme as reclamações apresentadas (*experience rating*), e um bônus em não havendo reclamação.[17]

1168 Desenvolvimento similar, em menor escala, ocorreu em Québec, depois da introdução do seguro obrigatório estatal, de veículos para acidentes com ferimentos.[18] Na origem o seguro tinha, sem dúvida, e a lógica subjacente o indicava, como objetivo a socialização de riscos, com prêmio uniforme para todos os motoristas e abandono do princípio da culpa. Seguiu-se a isso o aumento do número de acidentes rodoviários,[19] como se verificara na Nova Zelândia em circunstâncias similares.[20] A reação não espanta se se admitir que pessoas respondem a incentivos e "desincentivos" financeiros. Os res-ponsáveis pelo regime de Québec tiveram que redescobri-lo. Ao reintroduzir tarifa diferenciada conforme os acidentes provocados caiu o número total de acidentes rodoviários.

1169 Em face dessas considerações, de duvidar que a indenização seja o es-copo da responsabilidade civil. Os fatos relatados permitem entender que a

16. Danzon 1998, 632.

17. Danzon 1998, 633.

18. Para comparação do regime do Québec e aquele neozelandês do ponto de vista jurídico, ver: Gardner 2004. No direito de Québec: Boyer/Dionne 1985; Boyer/Dionne 1987; Devlin 1990; Frie-dland et al. 1990; Gaudry 1989; Gaudry 1992, 471-498; Viney 1998.

19. Gaudry 1992, 471-498; Gaudry 1989.

20. McEwin 1989.

redução do ônus de acidentes é consideração importante. Pode a responsabi-lidade civil contribuir para tal objetivo?

1170 Baudouin e Deslauriers põem em dúvida o efeito preventivo da respon-sabilidade civil extracontratual.[21] Diversamente do enunciado normativo, os objetivos desse direito, a afirmação tem natureza empírica: o instituto não produz esse efeito. A correção de uma afirmação empírica é estabelecida pela observação da realidade. Felizmente há estudo bem detalhado sobre a questão, feito por Dewees, Duff e Trebilcock.[22] O estudo, resumido, exami-na, detalhadamente, todas as pesquisas empíricas feitas nos cinco campos da responsabilidade civil: acidentes rodoviários, médicos, por fato do produto defeituoso, ambientais e de trabalho. Conclui pelo fracasso do regime da res-ponsabilidade extracontratual *(torts*) na sua função reparadora, e no pouco sucesso da função preventiva.[23] O estudo conclui, ainda, que a tarifação dife-renciada dos sistemas de seguros pode ter importante efeito dissuasivo.[24] Tais conclusões tendem a pôr em dúvida a correção da tese que pretende que a indenização seja a principal função da responsabilidade civil.

1171 Ao insistir no nexo de causalidade (dano e culpa), o direito espelha a concepção de que é preciso que as pessoas paguem para que tais elementos possam ser provados. O ônus financeiro condicional imposto a um grupo de pessoas, inevitavelmente, as estimula a examinar em que medida podem evi-tá-lo ou reduzi-lo. As regras de responsabilidade visam a orientar tal exame na busca de meios para reduzir o dano criado. Os meios podem ser, no caso concreto, a prudência, a limitação do nível geral de atividade geradora de dano ou a pesquisa científica que leve à produção de bens, ou meios de fazer, que gerem menor dano, entre outras. As regras de responsabilidade civil não pre-veem em que direção tais explorações se encaminharão. Criam, entretanto, pressão geral para tanto e visam a impor às pessoas que podem influenciar o efeito, a amplitude, do dano.

1172 Os desenvolvimentos precedentes justificam hipótese que vê na respon-sabilidade ao menos dois objetivos emparelhados, os de dissuasão e inde-nização. Em que se diferencia do direito penal? A diferença principal é que as pessoas submetidas à pressão preventiva do direito civil são consideradas sensíveis a incentivos monetários, o que subentende sejam solváveis. Para os que não sejam sensíveis, ou sejam insolváveis, é preciso recorrer a outros

21. Baudouin/Deslauriers 2003, nº 12, p. 7-8. Viney 1995, nº 36, p. 58 indaga sobre a eficácia da responsabilidade civil.

22. Dewees et al. 1996.

23. Dewees at al. 1996, 412-413. Ainda mais pessimista é o estudo de Harris 1991, 289-308, que conclui sobre a falha dos efeitos dissuasórios assim como da indenização.

24. Dewees et al. 1996 conclusão 4, p. 413. Teijl e Holzhauer relatam dados da seguradora belga ABB que apontam no mesmo sentido: Teijl/Holzhauer 1997, 231.

meios de pressão: sanções penais ou administrativas. Ou, para os que agem deliberadamente e desprezam a pressão preventiva do direito civil busca-se suplemento dissuasório no direito penal ou, eventualmente, no direito pri-vado, com os danos exemplares. Esses regimes serão examinados em mais detalhes na segunda parte do capítulo.

1173 De admitir que há, na responsabilidade civil extracontratual, dificuldades práticas que reduzem a efetividade de suas duas funções. Pode ser o caso, por exemplo, de problemas no se determinar o autor do dano e, por conta disso, fazer prova de sua culpa, ou sobre quem devem recair as custas do processo e a insolvabilidade dos causadores do dano ou, ainda, as dificuldades de avaliar o dano corretamente. Tais problemas podem nos levar a imaginar regimes que separem as duas funções, como foi feito em muitos países para os acidentes de trabalho e rodoviários. Isso, porém, não impede que, na concepção fun-damental, a responsabilidade civil vise a preencher, de uma só vez, a dupla função de dissuasão e indenização. Trata-se notável economia de meios.

1174 Se tal leitura estiver correta, convém avaliar a afirmação de Baudouin e Deslauriers, para quem a responsabilidade civil faz "pouco caso do caráter an-tissocial da conduta do autor do dano que só pune se houver perda, ou em fun-ção da gravidade da ação praticada".[25] Os danos a serem pagos constituem, de fato, medida, tão exata quanto possível, do "errado social" provocado e do in-teresse ligado à sua prevenção.[26] O regime da culpa se associa à nossa intuição moral sobre a oportunidade de obrigar o autor de um dano a reparar o prejuízo causado e, dessa forma "redimir (expiar) sua culpa", incentivando, assim, que outras pessoas, na mesma situação, evitem, no futuro, tais prejuízos ou danos.

1175 É, precisamente, no direto penal que o nexo preciso entre dano causado e pena imposta foi abandonado. O roubo de pão pelo pobre faminto é um roubo como qualquer outro, que implica registro judicial e pode levar a sérias san-ções. Apesar de certa proporcionalidade entre a percepção da gravidade do ato e a pena imposta, o direito penal não exige relação direta entre as duas, como se faz na responsabilidade civil. O abandono, pelo direito penal, do nexo, da ligação, entre o dano causado e a pena explica as precauções extraordinárias que devem ser adotadas para evitar o arbítrio. É que o direito penal, mas não a responsabilidade civil, é regido pelos princípios *nullum crimen* e *nulla poena;* a presunção de inocência apenas será afastada por prova além de qualquer dúvida.

1176 Passa-se a estudar o regime da responsabilidade civil, inicialmente na concepção fundamental (Seção 1) e depois com os refinamentos e complica-ções (Seção 2).

25. Baudouin/Deslauriers 2003, nº 67, p. 43.

26. Isso responde em parte a que a responsabilidade civil é insensível à gravidade do ato censurado (Viney 1995, nº 40, p. 64).

Seção 1

Concepção fundamental

1. OS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS

a. O cálculo da prevenção

1177 A lógica de estímulo à prudência que acabamos de aplicar à responsabi-lidade civil extracontratual deve ser mais bem explicada. Para fixar as ideias, iniciamos com exemplo simples no qual o custo de eventual acidente e a deci-são sobre as medidas de precaução a serem tomadas recaem sobre uma única pessoa.

1178 Consideremos as consequências decorrentes de falhas de fornecimento de energia elétrica. Em Québec, a geração de eletricidade é monopólio de uma sociedade estatal, Hydro-Québec. Admita-se que a Hydro-Québec seja isenta de responsabilidade pelas consequências geradas por falha no fornecimento e que caiba ao consumidor, particular, determinar em que medida convém se precaver contra tal eventualidade. Opção preventiva é a aquisição de um gera-dor, cujo custo anualizado é de $ 500,00.

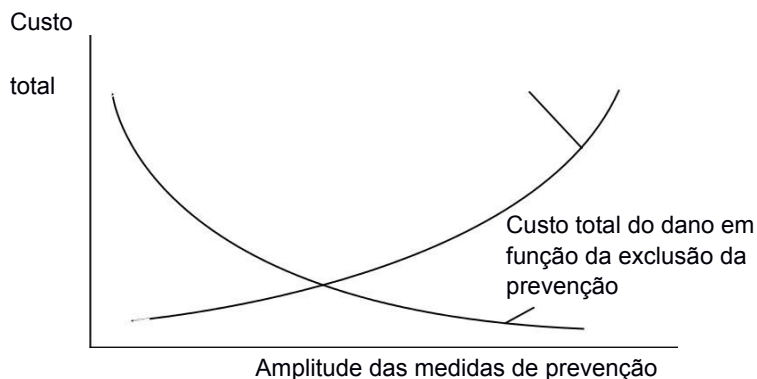
1179 Para determinar se vale a pena adquiri-lo, é preciso estimar as perdas que poderiam ser evitadas usando o gerador. Admita-se, por hipótese, que haja em média 20 interrupções por ano, dez das quais não produzem consequências negativas, enquanto as outras dez são suficientemente longas para estragar alimentos congelados. As perdas variam conforme o que esteja congelado. Para os fins do exemplo, estima-se valor entre $ 20,00 e $ 600,00, sendo a média de $ 40,00. Se os valores estiverem corretos, se forem adequados, o consumidor pode suportar a perda derivada de falhas no fornecimento de energia que, a cada ano, motaria a $ 400,00. Não se justificaria comprar o gerador. De outra forma, tais acidentes não precisam ser prevenidos; é melhor assumir a perda.

1180 Essas considerações mostram que a decisão seria diferente se as perdas fossem mais significativas. Quem teme outra tempestade de neve como a do inverno de 1998, durante a qual a Hydro não conseguiu fornecer eletricidade durante vários dias seguidos, levando as pessoas a se hospedarem em hotel, a compra do gerador estaria justificada. O raciocínio demonstra, ainda, que um prejuízo de difícil estimação, como o desconforto que se experimente, pode pesar na tomada de decisão. Comprar-se-á o gerador se o desconforto, soma-do à perda de alimentos, ultrapassar, manifestamente, na avaliação da pessoa, o preço/custo do gerador.

1181 A esquematização da decisão, nada obstante intuitiva, evidencia conside-ração essencial. O custo do prejuízo estimado ou do acidente determina em que medida a adoção de mecanismos de precaução se justifica. Adotam-se todas as medidas de precaução cujo custo seja menor, inferior, às economias
– mesmo que intuitivas – que se imagina fazer. É essa lógica que também aparece subjacente à responsabilidade extracontratual, considerando que o prejuízo é de uma pessoa, a vítima, porém os custos de prevenção recaem sobre outra, o eventual causador dos danos.[27]

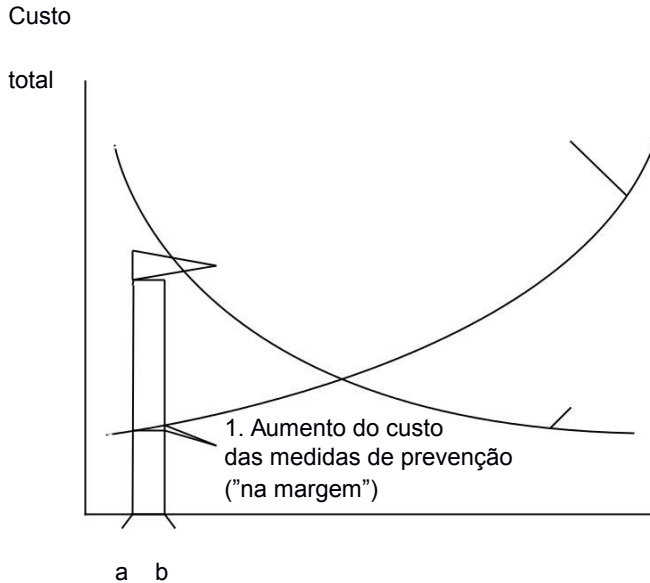
b. A minimização de custos de acidentes

1182 Para aprofundar as reflexões generalizemos a lógica simples do nosso exemplo: vejamos uma situação que pode levar a várias formas de prejuí-zo contra as quais há inúmeras medidas de prevenção. O dano efetivamen-te produzido é função da amplitude das medidas preventivas adotadas (Gráfico II, 4.1).

Gráfico II, 4.1 – Relação inversa entre o custo total do dano e o custo das medidas de prevenção para reduzi-lo

1183 O custo total de acidentes cai em função das medidas preventivas ado-tadas, mas isto não se dá de maneira linear: as primeiras fontes de danos são mais fáceis de neutralizar que as subsequentes, e assim por diante. Quanto às medidas de prevenção, a relação é inversa: as primeiras são mais custosas, as seguintes menos. Daí resulta que quanto mais amplas forem as medidas de prevenção já adotadas, mais custosas serão as adicionais, necessárias para re-duzir o custo total do prejuízo. Prevenir qualquer dano nos obrigaria a adotar cautelas cujo custo seria proibitivo. Na situação contrária, deixar de adotar

27. Este raciocínio nos leva a considerar como comparáveis os custos que recaem sobre duas pes soas diferentes. Entre os economistas discute-se ser legítima do ponto de vista teórico. A prática do direito não altera as comparações, mesmo se feitas de forma intuitiva e, portanto, opaca.

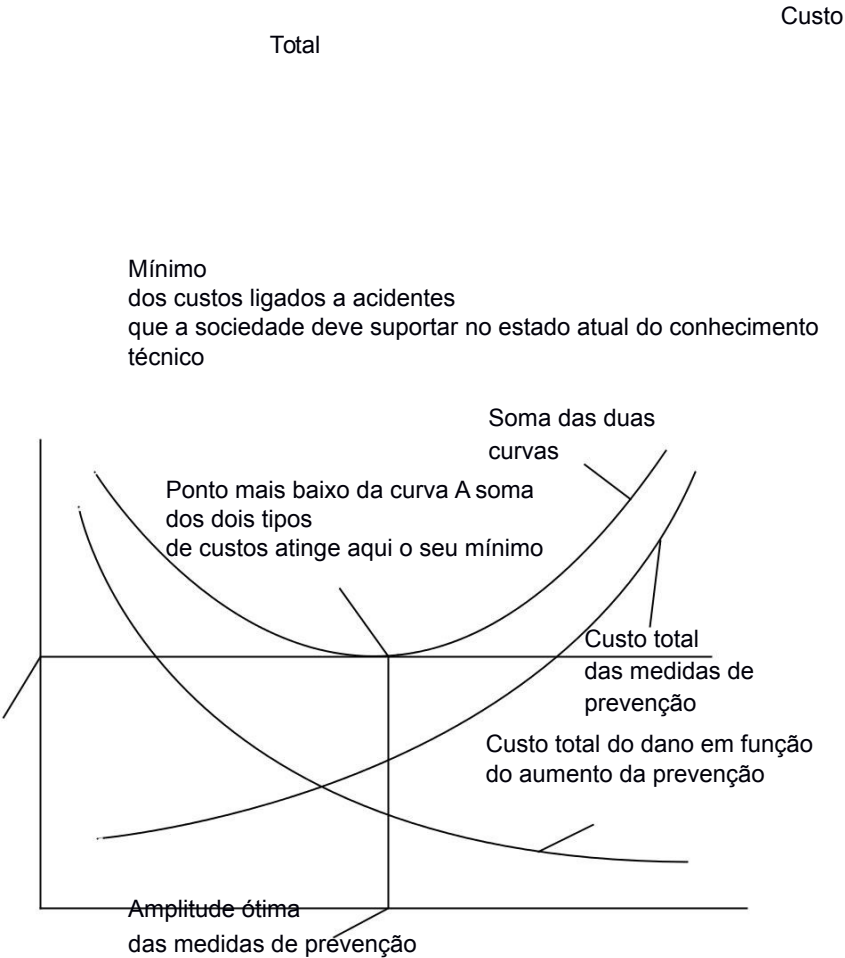
qualquer prevenção leva à situação em que o prejuízo seria desmedido, as-sombroso. Convém investigar o ponto entre as duas opções, aquele em que serão adotadas medidas de prevenção que se justifiquem pelas economias que geram (Gráfico II, 4.2).

Gráfico II, 4.2 – Pesquisa da medida ótima de prevenção

1184 Suponha-se que se esteja no ponto a do Gráfico II, 4.2, e que nos pergun-temos quanto à oportunidade de adotar precauções *adicionais,* que nos levam ao ponto b. O gráfico demonstra o argumento de que os custos gerados por essa decisão é inferior às economias feitas em face dos danos. As medidas de precaução estarão justificadas. Ao adotá-las, reduz-se o custo total de aciden-tes, que é a soma de custos de prevenção e do dano gerado por acidentes não prevenidos.

1185 Raciocínio idêntico pode ser feito em relação ao aumento de medidas de prevenção, evidenciando aquelas cuja adoção se justifica e as que não o fazem. Para visualizar o ponto ótimo, convém traçar a curva que representa o custo total decorrente de ou ligado a acidentes, que é a soma das curvas traçadas (Gráfico II, 4.3).

Gráfico II, 4.3 – Visualização da amplitude ótima de prevenção

Custo
Total

Mínimo
dos custos ligados a acidentes
que a sociedade deve suportar no estado atual do conhecimento
técnico

1186 O ótimo será alcançado se as medidas de prevenção tiverem a amplitude correspondente ao ponto em que a nova curva alcança seu mínimo. No eixo vertical, esse ponto corresponde ao custo mínimo que a “sociedade” deve su-portar em relação a acidentes, seja sob forma de prevenção, seja sob forma de prejuízo não evitado.

2. REENCONTRANDO OS PILARES DA RESPONSABILIDADE

a. A culpa

1187 O ótimo pode ser associado à noção jurídica de culpa. Pode-se, efetiva-mente, considerar que quem causa dano a outrem, estando à esquerda do ponto ótimo, não foi suficientemente cauteloso. Conforme a lógica adotada no Gráfico II, 4.2, levando em conta a probabilidade de ocorrência, poderia ter adotado medidas de prevenção suplementares cujo custo seria inferior ao da redução do dano causado. Pessoa prudente ou não propensa a riscos teria adotado essas precauções.

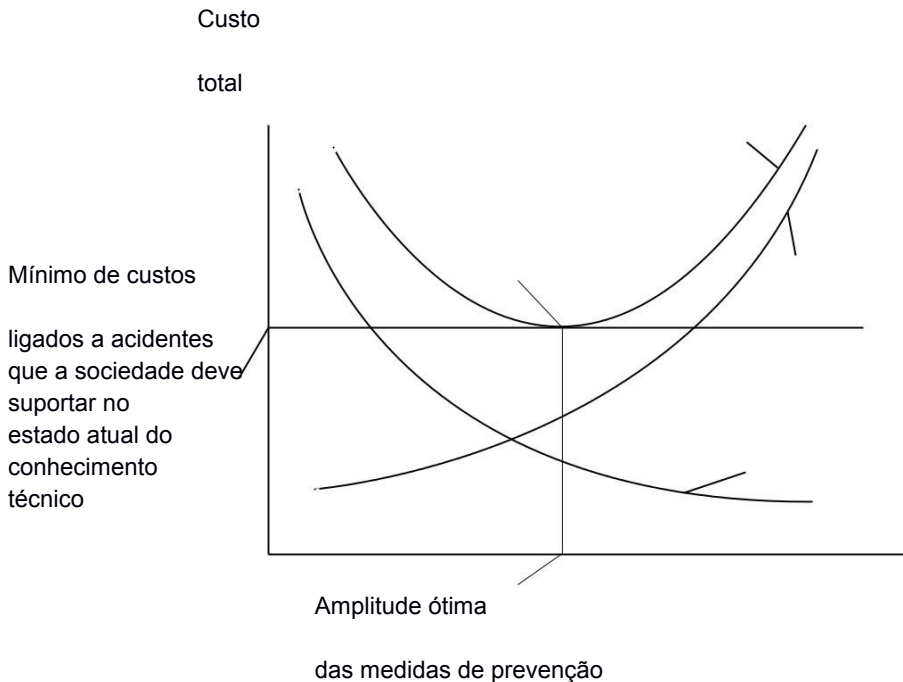
1188 O teste lembra aquele a que recorreu o juiz Learned Hand para explicar o conceito de negligência no direito norte-americano.[28] Examinando o dano causado por um barco que, mal ancorado, se soltara durante uma tempestade

28. *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947).

e causara prejuízos, o juiz entendeu serem pertinentes três considerações: (1) a probabilidade de o barco se soltar (P); (2) a gravidade do prejuízo resultante se isto ocorresse (L); (3) o ônus das precauções à disposição do réu que teriam sido suficientes para prevenir o evento (B). A seu ver, o réu seria negligente se não tivesse tomado medidas preventivas, uma vez que B era inferior a PL.

1189 O juiz Hand formulou um teste de análise de negligência que tem sido utilizado por juízes de outros países.[29] É o caso de juízes ingleses e norte--americanos, bem assim juízes dos sistemas civilistas nos Países Baixos, como demonstrado por Van Dam em tese holandesa.[30]

1190 O "teste de Hand", como é conhecido na literatura, corresponde ao ra-ciocínio econômico aqui proposto em relação à prevenção, apresentado como um negócio de tudo ou nada, mais do que de grau ou "na margem", como raciocina o economista, para quem cada pequeno passo suplementar levaria à evocada comparação. Essa diferença não deve, porém, esconder o ponto entre o raciocínio do jurista e a teoria econômica que permite "reencontrar" a noção de culpa (Gráfico II, 4.4).

Gráfico II, 4.4 – A noção de culpa reencontrada

29. Segundo Carbonnier, a culpa civil apareceu no direito romano por meio da repressão de delitos privados. A injúria e o *damnum injuria datum*, em especial, estariam na origem da noção de culpa elaborada sem seguida. Carbonnier 1996, nº 220, p. 373.
30. A Corte de cassação dos Países Baixos, por exemplo, empregou teste similar na decisão do caso da "escotilha aberta" (H.R. 5 nov. 1965, NJ 1966, 136), que é relatado por Van Dam 1989, nº 79, p. 110. O autor examina o direito dos Estados Unidos, da Inglaterra, da Alemanha, da França e dos Países Baixos.

1191 Para concretizar tais ideias, relata-se caso apresentado por Tejil e Hol-zhauer, referente a um negócio que chegou à Suprema Corte alemã.[31] Em 6 de agosto de 1985, um motociclista alemão colidiu com um cervo que cruzava uma rodovia provincial. Ele processou a autoridade – o Land de Hesse (con-dado de Hesse) – por inexecução da obrigação de garantir a circulação segura (*Verkehrssicherungspflicht*). O demandado colocara, ao longo da rodovia, avisos sobre a travessia de animais, mas não teria considerado necessário, certo, erigir uma cerca. O demandante foi vencido nas três instâncias.

1192 Quais eram as culpas? No caso do trecho de estrada em questão, ao lon-go dos anos 1984-1985, houve entre 50 e 60 colisões. Segundo os números relatados por Tejil e Holzhauer, baseados em dados reais, os danos materiais montaram, em média, a 2.000 NLG.[32] De cada 5,6 acidentes, apenas um re-sultava em ferimentos, sendo o montante avaliado como médio – sem dúvida de forma conservadora – em 9.300 NLG. Segundo tais valores, o custo total de acidentes chega a 203.000 NLG.

1193 Em relação a esses custos considere-se os de uma cerca. Tejil e Holzhauer fornecem os dados. Tratando-se de 6 km de rodovia, são necessários 2 km de cerca. Uma cerca com 2 m de altura custa 25 NLG o metro. Custo total de ins-talação da cerca seria de 300.000 NLG. Amortizado em 10 anos, o custo anual é de 30.000 NLG. A perda de juros sobre o capital imobilizado é estimada em 25.000 NLG por ano. A fiscalização custa 4.000 NLG por ano. O total fica em 59.000 NLG.

1194 Comparando os números, sem dúvida, justifica-se a instalação da cerca. Imperceptivelmente se passa da simples descrição dos fatos para julgamento normativo: dada a amplitude da lacuna, seria de supor que o juiz considerasse a instalação de uma cerca como parte da prudência normal que deve ser ob-servada em relação à vida e bem-estar de outrem. A proposta é realista? Tejil e Holzhauer entendem que os dados que serviram para a comparação poderiam ter sido apresentados à Corte como prova.

1195 Retome-se o Gráfico II, 4.4. Falta examinar a área marcada “sem culpa”. Ela inclui situações em que um dano é criado sem que se conheçam os meios que teriam permitido ao autor reduzi-lo. A lógica preventiva não levou essas situações em conta. Quem quer que assuma o ônus do dano o tratará como problema de seguro.[33]

1196 As considerações permitem determinar quem melhor poderia assumir o ônus, o autor do dano ou a vítima? Tratando-se de seguro pode-se recorrer a hi-pótese simplificadora, em que qualquer das partes pode se assegurar ao mesmo

31. Teijl/Holzhauer 1997, 250-254. Também Schäfer/Ott 2004, 107; Schäfer/Ott 2000, 109; Kötz/ Schäfer 2003, 1-16. Decisão da Bundesgerichtshof (BGH) de 13 de julho de 1989, III ZR 122/88 (Frankfurt), *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, p. 2808-2809.

32. Teijl e Holzhauer fornecem os valores em florins. Cerca de € 900 ou C$ 1.300.

33. A economia do risco e do seguro foi examinada em capítulo anterior.

custo. Daí decorre que é melhor deixar a perda do dano sobre quem venha a recair, quer dizer, sobre a vítima, que se garantirá com o seguro. Isso economiza custos de administração derivados de um regime de transposição do ônus.

1197 É princípio geral do direito civil nesta matéria. Há, contudo, exceções importantes. Em especial as muitas situações em que o autor de um dano é responsabilizado sem culpa. Trataremos disso ao estudar o refinamento da culpa, na segunda parte deste capítulo.

1198 As considerações precedentes permitem "leitura econômica" da noção de culpa e explicam seu fundamento. A análise econômica pode prestar o mesmo serviço a outros elementos essenciais da responsabilidade civil extracontratual.

b. A faculdade de discernimento

1199 O direito não considera a pessoa privada de razão responsável, capaz: crian-ças de pouca idade e pessoas que sofrem de distúrbios mentais. Sobre a primei-ra exceção observa-se, desde logo, seu limite: a criança é responsável pelo dano causado a outrem "se sua idade e suas faculdades mentais lhe permitem avaliar o resultado de seus atos".[34] A distinção dificilmente se explica sob a óptica da reparação. Mesmo desprovido de discernimento, o autor poderia ser solvável e compensar a vítima. A distinção é pertinente se considerada sob a ótica da prevenção. De nada serve exigir que uma pessoa faça o cálculo da prevenção se for incapaz para tanto. Mas, deve-se exigi-lo de quem esteja apto para fazê-lo.

1200 Uma vez que, em virtude da falta de discernimento, uma pessoa não é responsável por seus atos, o direito indica outras para, em seu lugar, repa-rarem o prejuízo. Em princípio, poder-se-ia crer que se trata de lógica pura da reparação: se não for assim, a vítima fica sem compensação pelo dano sofrido.[35] Mas, é preciso continuar a análise para examinar quem deve ser compelido a indenizar. Não um segurador ou o seguro social, e sim quem tem a autoridade parental, a pessoa que tem a guarda, monitoramento, ou cuida do incapaz (irresponsável), ou, ainda, o tutor ou curador de pessoa sem dis-cernimento; em suma, a pessoa que cuida do autor direto do prejuízo e pode influenciar seu comportamento, e que é capaz de fazer o cálculo da preven-ção.[36] Este elemento está evidente na defesa, prevista no direito de Québec, impondo que o titular do pátrio poder seja exonerado da prova de "não ter sido negligente, imprudente ou imperito, ou seja, culpado, na guarda, cuidado ou educação do menor".[37] À luz da experiência francesa,[38] indaga-se se o teste não geraria sérias dificuldades de avaliação pelos tribunais.

34. Baudouin/Deslauriers 2003, nº 94, p. 68.

35. Baudouin/Deslauriers 2003, nº 94, p. 68.

36. 1384 CCfr; 1459 ss. C.c.Q.

37. 1459 (1) C.c.Q.

38. Viney/Jourdain 1998, nº 887, p. 1005.

1200a. Nota da tradutora O legislador brasileiro de 2002 se debruçou sobre a tutela, proibindo que seja exercida, conforme art. 1.735, por pessoa que não tenha a livre administração de seus bens, pessoas que tenham preten-sões contra o eventual tutelado ou sejam inimigos deste, de seus pais, ou tiverem sido expressamente excluídos, condenados por crimes patrimoniais ou contra os costumes, as culpadas por abuso de tutorias anteriores ou com mau procedimento. Desse rol de proibições, pode-se concluir que o legis-lador pretendeu inibir que o tutor, de alguma forma, possa comprometer a formação ética e moral do tutelado.

1201 Tratando-se de tutor ou curador de pessoa sem discernimento (inca-paz), a responsabilidade decorre, no direito de Québec, apenas se resultar de cometimento de ato intencional ou falta grave.[39] A razão que suporta tal restrição, após a entrada em vigor do novo *Código Civil de Québec*, em 1994, é que o legislador pretendeu favorecer a curatela particular – por membro da família, notadamente – e que um efeito de responsabilidade muito grande frustraria a intenção.[40] Necessário considerar que, da perspectiva de se impor regime mais severo à pessoa encarregada, funciona como estímulo, incita a vigilância.

1201a. Nota da tradutora No tocante a pessoas afetadas por enfermidade ou deficiência mental, desprovidas de discernimento para a prática de atos da vida civil, os que não possam de forma duradoura, exprimir sua vontade, ébrios habituais ou viciados em tóxicos, pródigos, nomeia-se curador para, em seu nome, praticar os atos da vida civil. (art. 1.767 CCB). A incapacidade deve ser avaliada por especialista (art. 1771). O regime da curatela segue, no que não estiver previsto de forma diversa, o da tutela. Quanto ao dever de indenizar, a regra está no art. 932 do CCB, impondo-a aos pais pelos filhos menores sob sua responsabilidade e em companhia, ao tutor, curador pelos pupilos e curatelados nas mesmas condições, alcançado, até quem, por algu-ma razão, tenha a pessoa sob sua guarda ou responsabilidade.

1202 As disposições imputam responsabilidade a pessoas que, por seu com-portamento (ex. educação de crianças), ou específico (ex. vigilância), podem alterar as possibilidades de que a criança, ou quem não tem discernimento, causem prejuízos a outrem. Essas pessoas, que têm o dever de fiscalizar, vi-giar, seriam, em princípio, sensíveis ao efeito incentivo do ônus da responsa-bilidade, tendo condições de fazer o cálculo da prevenção exigido. Voltamos à lógica da prevenção.[41]

39. Em Québec: 1459-1461 C.c.Q.

40. Baudouin/Deslauriers 2003, nº 640, p. 414.

41. Pelas mesmas razões, é o proprietário do animal que causa prejuízo quem é considerado res-ponsável. Parece medieval considerar o animal responsável! Em Québec, ver 1466 C.c.Q.

c. O dano

1203 Para se invocar a responsabilidade, é necessário que haja dano. "Se um automóvel puder circular na contramão de uma rodovia sem causar acidente não incorre em responsabilidade civil [...]; agiu com culpa, porém não a ponto de causar dano."[42] A questão do dano leva a duas indagações ligadas à nature-za do ato danoso e avaliação do dano.

1. O objeto protegido

1204 Se a economia da responsabilidade civil visa a desencorajar o dano in-justificado, todo dano causado ao que pertencer a outrem e que seja por ele valorizado deveria, em princípio, impor a responsabilidade do autor e dar à vítima o direito de exigir reparação. A responsabilidade, para o economista, internaliza uma externalidade e, dessa forma, faz com que cada um assuma o custo integral de suas ações. Encontra-se aqui a ideia de que, em uma econo-mia de mercado, os participantes buscarão assegurar direitos exclusivos sobre tudo o que for escasso.

1205 O direito exprime esse princípio exigindo a recomposição de *legítimo in-teresse juridicamente protegido.*[43] Isso exclui a responsabilidade por atos ou pala-vras que ofendam, na concepção da sociedade, convicções morais mas que não causam dano especificamente a um objeto que seja, no sentido econômico, escasso. Admitir tais entraves como fonte de responsabilidade restringiria indevidamente a liberdade dos cidadãos, criando, demais disso, apreciável incerteza sobre o que constituiria um dano.[44]

1206 A segunda restrição está em que o prejuízo causado aos negócios de ou-trem pela concorrência não enseja responsabilidade civil. Essa restrição é ex-plicada pela lógica até agora exposta. A concorrência destrói a relação entre fornecedor e seus clientes e estes, em seu próprio interesse, mudam de for-necedor. Mas são exatamente esses movimentos que ensejam as inovações, fonte de melhora do nosso bem-estar. Pretender penalizar esse processo por meio da responsabilidade civil teria efeito negativo sobre nosso bem-estar e constituiria sério entrave à liberdade das pessoas. Como são, então, pagas as perdas de concorrente que se vê ameaçado pelos outros, cuja atividade peri-clita? Essas perdas são assumidas por cada concorrente a título de custo do risco, uma espécie de seguro implícito, que é imputado ao preço dos negócios em que se envolvem.

1206a. Nota da tradutora O direito brasileiro, art. 186 do CCB, considera ilícito o ato que causa dano, mesmo que apenas moral, o decorrente de ação

42. Carbonnier 1996, nº 205, p. 351.
43. Carbonnier 1996, nº 205, p. 353.
44. Epstein 1995, 109.

ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violador do direito de ou-trem. Trata-se ação ou omissão culposa. Os arts. 944 e 945 buscam mensurar a indenização e a culpa concorrentes, respectivamente.

1207 Nossa sociedade aposta, implicitamente, em que ganhos resultantes da pressão da concorrência e da inovação ultrapassem, bastante, as perdas de negócios em crise. A avaliação é circunscrita. Pode-se começar pelo mercado em que a concorrência é leal, sem difamação, de abuso de marca de comércio ou roubo de segredos comerciais. A reputação, a marca e o segredo comercial são ativos da empresa com os quais ela melhora seus negócios. A reputação é meio de informação precioso para os consumidores que não podem julgar no que concerne à qualidade de produtos ou serviços ofertados. Facilita as transações. Diversamente da concorrência leal, duvida-se que atentar contra a reputação de outrem, abusar de marca ou roubar segredo comercial, gerem ganhos que superem as perdas A perda de confiança dos consumidores por conta da informação a que habitualmente recorrem para fazer escolhas pode, ao contrário, aumentar os custos de transação e desacelerar o funcionamento do mercado.

1208 O direito impõe restrições ao dano suscetível de ensejar responsabilidade civil. A violação deve ser certa, não eventual. Apenas a vítima, não tercei-ro, pode buscar indenização pelo dano sofrido. O direito civil desconhece, em princípio, danos não compensáveis. Tais restrições são explicadas pela concepção de que a responsabilidade deve incentivar a prevenção e que, em consequência, os danos a serem pagos constituem a medida exata sobre para avaliar os meios de prevenção a serem adotados.

1208a. Nota da tradutora Age de forma ilícita o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim eco-nômico, pela boa-fé ou bons costumes. (art. 187 do CCB). Aqui tem-se uma espécie de excludente de responsabilidade, mitigada pelo fim econômico ou social. De certa forma, a redação do art. 188, que afasta a ilicitude em face de exercício regular de um direito, de perigo iminente, é parâmetro interessante de mensuração para comparar precaução e dano.

2. A avaliação

1209 A importância de avaliar corretamente o dano decorre diretamente do papel de escala, limite que deve ter, para os esforços preventivos de seus eventuais causadores. Superavaliação sistemática levará a muita prevenção. No caso de danos resultantes de intervenções cirúrgicas malsucedidas, inde-nizações muito elevadas concedidas na Califórnia, a título de responsabilida-de profissional, levaram ao aumento dos prêmios de seguro para cirurgiões e, dada a impossibilidade de garantir certas cirurgias, à recusa de alguns de executá-las: a prevenção final é abster-se da atividade arriscada. Inversamen-te, a subavaliação sistemática deveria levar ao aumento de eventos danosos.

Os autores pensam em desconto por danos. As indenizações determinam o preço do comportamento de risco. Como em relação a qualquer outro bem ou serviço, consome-se mais quando o preço baixa e menos quando aumenta.

1210 Tratando-se de bens ou serviços para os quais haja mercado, a avaliação pode ser feita conforme o preço corrente praticado para objetos comparáveis, ou segundo o preço de reparação, se o objeto danificado puder ser reparado. Essa avaliação abstrai elementos subjetivos do valor que a vítima dá ao bem danificado ou destruído. A diferença entre as indenizações e o valor subjetivo do objeto para a vítima dá a esta incentivo para contribuir para a prevenção do acidente.

1210a. Nota da tradutora O legislador brasileiro se ocupou, ao menos par-cialmente, da parametrização da indenização, ao determinar (art. 402 CCB) que, salvo exceções expressamente previstas em lei, as perdas e os danos abrangem o que efetivamente foi perdido e o que razoavelmente se deixou de ganhar (o termo é "lucrar"). Perdas e danos por inexecução dolosa (voluntá-ria) incluem apenas os efetivos prejuízos e os lucros cessantes decorrentes. A atualização monetária, fruto de experiências durante o período inflacionário, levou à previsão de revisão nominal da composição (moeda como reserva de valor), além da pena convencional.

1211 Outras formas de danos prestam-se menos facilmente à avaliação. É o caso, em primeiro lugar, do dano corporal. Na impossibilidade de restaura-ção, os danos devem ser fixados em montante que poria a vítima em situação que considera equivalente à em que estaria antes do acidente. Não é fácil fazer essa estimativa.[45] Pode-se, claro, determinar o valor atualizado da ren-da que a vítima poderia receber pelo resto de sua vida partindo do salário antes do acidente. Isso não leva em conta os aumentos que poderia receber, fato particularmente delicado no caso de jovens e dos que renunciaram, tem-porariamente, ou não, a emprego remunerado para se ocupar de atividades domésticas. O problema da avaliação é ainda mais delicado se a pessoa morre em razão do acidente, seja no local ou depois. Avaliar, nesse caso, sinalizaria de forma clara para os autores do dano – seria perverso que o falecimento da vítima fosse "tarifado" e de valor inferior ao de ferimento – mas enfraqueceria o incentivo para que as pessoas próximas da vítima se adaptassem às novas circunstâncias.

1212 Os danos podem ser concedidos mediante pagamentos periódicos ou por parcela única e total. O valor total dá à vítima incentivo para se inserir o mais rapidamente possível na vida social. Os pagamentos periódicos, se ajustados, corrigidos conforme a situação da vítima, desencorajam sua readaptação – a

45. Ver Posner 2003, 192-196.

vítima perderia dinheiro. Isso pode justificar a preferência dada ao pagamento em parcela única no Código Civil.[46]

1213 Concebemos a hipótese de pagamento de indenizações por danos “indi-retos”, como, por exemplo, para criança de mãe acidentada, que nasceu com defeito no pé, ou para cônjuge de pessoa que ficou paraplégica ou impotente em função do acidente. A avaliação desses danos não é fácil, há dificuldades práticas.[47]

1214 O dano moral resultante de atentado à reputação, à intimidade, ou, de forma ampla, a direitos da personalidade da vítima é fonte de outro sério pro-blema de avaliação. Diante das dificuldades de precificar o prejuízo, tenta-se fixar montante modesto que é, porém, arbitrário, ou, ainda, pôr em dúvida a natureza danosa. Convém lembrar que o montante fixado pela jurispru-dência torna-se parâmetro de orientação para aqueles que seriam tentados a transgredir esses interesses extrapatrimoniais. A fixação realista do dano é essencial para a concepção de que o direito tem como função fazer respeitar os direitos.[48]

1214a. Nota da tradutora O dano moral, injúria, calúnia ou difamação deve ser reparado, cabendo ao juiz fixar o valor conforme as circunstâncias do caso (art. 953 CCB), enquanto o art. 954 remete à indenização por ofensa à liber-dade pessoal. Caso o ofendido não possa exercer seu ofício ou profissão em razão do dano, se tiver a capacidade laboral reduzida, a indenização cobrirá, além de despesas de tratamento e lucros cessantes, pensão correspondente à importância do trabalho para o qual foi inabilitado ou da depreciação sofrida (art. 950 CCB).

1215 No plano do direito contratual, a reparação é limitada ao dano imediato e direto, ao dano previsto ou previsível no momento da contratação, salvo as hipóteses de dolo ou culpa grave.[49] Para compreender a regra considere-se o exemplo da revelação de filme com fotografias tiradas durante expedição ao Himalaia. O cliente pretende vender as fotos para compensar o custo da expe-dição. O comerciante especializado em revelação de filmes pode prever perdas ordinárias se houver problemas ou falhas na revelação. Não pode prever como dano o custo total da expedição.

1216 A análise econômica explica. O cliente, sabedor do valor excepcional de seus filmes, agirá melhor se os revelar pessoalmente, adotando medidas para reduzir o risco de perda: tirar mais fotografias utilizando diferentes máquinas fotográficas, contratar seguro especial ou, ainda explicar, revelar, ao inter-locutor o alto valor dos filmes e combinar com ele para que sejam tomadas

46. Para o direito de Québec, ver art. 1616 C.c.Q.

47. Baudouin/Deslauriers 2003, nº 225, 161; Viney/Jourdain 1998, nº 304, p. 128.

48. No mesmo sentido, mas por outras razões, Baudouin/Deslauriers 2003, nº 363, p. 242.

49. No direito de Québec, 1613 C.c.Q.

precauções excepcionais, ainda que o preço venha a ser mais alto. Esse pla-nejamento do ônus das precauções não é comum entre a vítima e o autor do dano fora do campo contratual, porque, usualmente, as pessoas não se conhecem e não estão em posição de negociar. Ainda assim, é preciso limitar os danos derivados do comportamento culposo, mesmo que o autor não tenha podido, dado o amplo conjunto de eventos, efetivamente, preveni-los. Pelas mesmas razões o autor do dano não responde pelo agravamento do prejuízo que a vítima poderia evitar.[50] A regra transfere para a vítima o interesse em evitar tal agravamento. O incentivo à prudência da vítima será retomado nos desenvolvimentos dedicados à culpa da vítima.

d. Nexo de causalidade

1217 O nexo de causalidade serve para associar o dano ao comportamento da pessoa que se pretende seja responsabilizada: sem esse elo não há responsabi-lidade. Como fizemos em relação a outros elementos da responsabilidade civil extracontratual, convém explicar o nexo de causalidade dentro do quadro da economia da prevenção de danos. Sob esta ótica, prospectivamente, o nexo de causalidade delimita a gama de eventos que cada um deve considerar quando da determinação do nível de prudência que adotará em suas atividades. O prejuízo deve ser resultado imediato e direto do fato danoso.[51] Para o eventual autor desse fato, causalidade e previsibilidade estão ligadas. A prudência não tem relação com eventos danosos sobre os quais não se tem controle, quer dizer, quando o nexo não é previsível diante do comportamento.

1218 Se o nexo de causalidade deve ser direto, ficam excluídos, como fontes de responsabilidade, casos de fatores difusos e dos intervenientes. Há causa di-fusa no aumento de incidência de câncer observado em pessoas que habitam edificações nas quais o isolamento contém formaldeído de ureia. Será o cân-cer, juridicamente, *causado* pelo produto isolante? Depois de imenso processo, a jurisprudência de Québec respondeu negativamente.[52]

1218a. Nota da tradutora O nexo de causalidade está previsto no art. 927 do CCB, bem assim a reparação sem culpa em casos legalmente previstos, ou se a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, ris-co para direitos de outrem. O art. 928 trata da indenização por incapaz, tendo como limitador a equitatividade da indenização. Empresários individuais e empresas respondem mesmo sem culpa pelos danos causados por produtos ofertados em mercado.

50. Para o direito de Québec: 1479 C.c.Q. Tunc afirma que a obrigação de limitar o dano fora reco-nhecida pela primeira vez no direito suíço: Tunc (1989), nº 89, p. 73.

51. Para o direito de Québec, ver art. 1607 C.c.Q.; art. 1150 do Código Civil francês.

52. *Rita Berthiaume c. Val Royal Lasalle*, [1992] R.J.Q. 76-264 (CS); confirmada em recurso: [1995] R.J.Q. 2796-2827 (CA); Rita Berthiaume c. Réno-Dépôt, [1996] R.J.Q. 1323-1344 (CS; outorga de honorários especiais).

1219 A análise econômica permite questionar a base, o fundamento, de tal decisão. Se o fabricante for considerado responsável pelo evento sobre o qual só tem controle parcial quanto ao resultado, consideraria o ônus não como incentivo à prevenção, mas como problema de seguro. O custo desse seguro será incorporado ao preço do produto. Os consumidores do produto pagariam por um risco ligado a outros fatores na vida das vítimas: o meio ambiente, a alimentação, o estilo de vida. Contudo, sem responsabilidade, o fabricante aceitará o risco de externalizar um problema ligado a seu produto.

1220 Poderíamos buscar a solução do dilema levando em conta probabilidades. Mas para o direito, é difícil aceitar uma causa probabilística: os problemas de prova e avaliação de danos são mais complexos do que os que podem ser convenientemente tratados no processo tradicional de responsabilidade civil.

1221 Outra hipótese de exclusão da causalidade direta é a de fator intervenien-te. Exemplo é o caso de, por imprudência, X ferir Y levemente e a ambulância que transporta Y ao hospital, ao colidir com outra viatura, provocar a morte de Y. X deve reparar as consequências da morte? A resposta afirmativa impo-ria a X um ônus sem mensuração no que concerne ao grau ou nível de pru-dência a ser adotado. É preciso prever o que X fará quanto à superprevenção.

1222 Quando muitas pessoas tiverem contribuído para a ocorrência do aciden-te sem que se possa determinar com precisão o autor, tem-se uma variante da mesma situação. Muitos caçadores disparam, atiram, mas apenas um fere a vítima.[53] Deverão ser todos considerados causadores do acidente? A lógica preventiva diria que todas as pessoas cujo comportamento teria podido criar o fato danoso devem contribuir para a reparação. O direito de Québec as con-sidera solidariamente responsáveis.[54] Essa solução parece justa do ponto de vista da prevenção. O autor ajusta seu comportamento ao risco de responsa-bilidade em que incorreria se agisse sozinho.

1223 Eis as grandes linhas da responsabilidade civil na sua forma mais sim-ples, sem atrito, lida pelo prisma do economista. A análise permite atualizar a lógica preventiva subjacente. Convém, agora, analisar alguns refinamentos e complicações. Tratando-se de culpa, a análise deve ser qualificada pelo fato de a vítima poder, também, agir com culpa e, além disso, pelo fato de que a respon-sabilidade é, às vezes, imposta sem considerar a culpa para contornar eventuais dificuldades de prová-la. (1) Num segundo momento, examinam-se os efeitos dos custos administrativos do sistema e os derivados de erros judiciais (2). Essas complicações são, pode-se dizê-lo, custos administrativos ou custos de transação associados a processos visando ao reconhecimento para fazer valer direitos. Por derradeiro, há lugar para relacionar responsabilidade civil e penal, o que nos permitirá situar melhor a nova instituição dos danos exemplares (3).

53. Exemplo dado por Posner 2003, 184.

54. Art. 1480 C.c.Q. Solução comparável foi adotada no direito francês em virtude do art. 1383 do Código Civil.

Seção 2

Refinamentosec omplicações

1. REFINAMENTOS AO CAPÍTULO SOBRE CULPA

a. Culpa da vítima

1224 A primeira hipótese a ser analisada é aquela em que a vítma poderia fa-cilmente prevenir o dano. A lógica preventiva requereria que a vítma se visse frente à sua imprudência devendo assumir o prejuízo. O que ocorreria se o autor do dano não fosse responsável caso a vítima pudesse prevenir o evento? Enfrentaremos complexo problema do incentivo.

1225 Sedimentando as ideias, imagine-se, a título de exemplo, situação em que uma pessoa mergulha na piscina, bate a cabeça no fundo e processa o proprietário da piscina por danos alegando ausência de alerta de que a piscina não era funda para se mergulhar. O proprietário responde que era fácil ver o perigo (crianças caminhavam na piscina com a cabeça fora da água), e que a vítima fora negligente ao não verificar a profundidade.[55]

1226 Ao longo do tempo muitas foram as doutrinas jurídicas a que se recorreu para resolver o problema. A responsabilidade por culpa e a responsabilidade sem culpa levariam à responsabilidade integral do proprietário da piscina. Para criar incentivos para vítima pode-se imaginar regime dito de "culpa con-tributiva" (*contributory negligence*) pela qual o autor não é responsável se a víti-ma também agir com culpa. No exemplo, o proprietário não seria responsável, dada a negligência da vítima. Essa era a regra tradicionalmente adotada pelos sistemas da *common law,*[56] ao contrário dos sistemas civilistas.[57]

1227 Contrasta-se esse regime com o da partilha da responsabilidade que divi-de o ônus do dano em proporção às respectivas culpas (*comparative negligence*). No exemplo, supondo que as culpas sejam consideradas de igual gravidade, a vítima poderia receber a metade dos danos e suportar a outra metade. Este regime é o da maior parte dos modernos sistemas civilistas e, depois de dis-cussões nos últimos trinta anos, também da maior parte dos de *common law.*

55. Exemplo tomado de Cooter/Ulen (2004), p. 329.

56. Atiyah (1980), p. 141; White (1998), p. 449-453.

57. Baudouin/Deslauriers 2003, nº 556, p. 365; Carbonnier 1996, nº 268, p. 442-444; Viney/Jour-dain 1998, nº 400, p. 244.

1228 Última variante concebível é o regime da responsabilidade que não con-sidera a culpa mas admite defesa por culpa da vítima: o autor é responsável se a vítima provar o dano e o nexo de causalidade, mas fica livre dela ao de-monstrar, estabelecer, a culpa da vítima. No exemplo acima, isso isentaria o proprietário da piscina da responsabilidade.

1229 Interessante comparar os méritos desses diferentes sistemas nas diferen-tes configurações de custos de acidente, levando em conta sua probabilidade de ocorrência (D) e de custos de prevenção pela vítima (C_{vict}) e pelo autor do dano(C_{aut}). Simplificando, admita-se que as medidas de prevenção previstas para cada parte são do tipo tudo ou nada, não moduláveis. A Tabela II, 4.5 mostra as configurações de custos.

Tabela II, 4. 5 – Os efeitos dos diferentes regimes de responsabilidade

$D < C_{aut} < C_{vit}$
C_{aut}
$C_{aut} < C_{vit} < D$
C_{vit}
$C_{vict} < C_{aut} < D$

*****Regime que não oferece incentivos ótimos.

† Cada parte se encontra diante da escolha de prevenir ou assumir sua porção de responsabilidade pelo acidente. Admitindo a igualdade aproximada das culpas, o autor previne 1/2 x D ≥ C_{aut}; a vítima previne se 1/2 x D ≥ C_{vit}. Se D = 100, C_{aut} = 85 e C_{vit} = 90, nenhuma das duas partes tem interesse em prevenir (as culpas não são exatamente iguais nessa hipótese). Ao contrário, se D = 500, C_{aut} = 85 e C_{vit} = 90, cada uma das partes tem interesse em prevenir. Tanto numa como na outra hipótese, há o risco de desperdício ou confusão quanto à parte que deve prevenir.

1230 A tabela mostra que todos os regimes oferecem bons sinais para adotar medida de prevenção na maioria das hipóteses, mas algum regime não chega a fazê-lo em todas

as circunstâncias. A imperfeição é difícil de consertar: o processo judicial deve operar com regras relativamente simples.[58] Isso exclui a comparação de culpas em cada caso.

58. Tema geral de Epstein 1995.

1231 O desafio está em escolher o regime de forma a evitar os erros mais ne-fastos ou permitir subsistam aqueles que o são menos. Sob esta perspectiva pode ser interessante desenvolver modelos mais sofisticados para comparar os diferentes regimes, como faz, especialmente, Shavell.[59]

1232 Ainda mais interessantes são os estudos empíricos visando a comparar os efeitos dos diferentes regimes. White relata muitos estudos desse tipo de comparação entre regimes de culpa contributória e partilha de responsabi-lidades.[60] Nos estudos empíricos, a questão precisa ser individualizada: os estudos se voltam para os acidentes de automóveis em virtude da disponibi-lidade de dados em número suficiente para, nos Estados Unidos da América, estudá-los. Possível adotarem-se muitas estratégias: comparar a situação an-tes e depois da mudança do regime da culpa contributória para o regime da responsabilidade partilhada, ou comparar os Estados que adotam o primeiro sistema com aqueles que optam pelo segundo.

1233 Que variáveis utilizar para fazer essa comparação? Uma opção é manter as indenizações fixadas nos processos em função da decisão sobre as culpas. Essa opção tem o inconveniente de o decisor (juiz ou júri civil, conforme o caso) poder moderar a indenização, mesmo no sistema de culpa contributó-ria, o que falseia os resultados quanto à responsabilidade partilhada. Outra opção é analisar o valor dos prêmios de seguro. Se o incentivo à prudência variar conforme o regime jurídico adotado, isso deveria vir refletido na fre-quência e gravidade de acidentes, estatísticas sobre as quais se baseiam os seguradores para fixar o montante de prêmios.

1234 A engenhosidade dos estudos empíricos visando regimes jurídicos e as conclusões merecem atenção. White conclui que os estudos utilizados suge-rem que o regime da responsabilidade partilhada enfraquece os incentivos à prudência e, como consequência, o regime da culpa contributória, mas admite que a prova não está isenta de ambiguidades e merece ser retomada em outros estudos.[61]

b. A responsabilidade sem culpa do fabricante

1235 Várias referências foram feitas aos regimes de responsabilidade sem con-siderar a culpa. Interessante examinar mais de perto um desses regimes; a responsabilidade pelo fato do produto ou responsabilidade do fabricante. No direito moderno, o fabricante de bens manufaturados é considerado responsá-vel, mesmo em relação a terceiros,[62] pelo prejuízo causado por falta de segu-

59. Shavell 1987.

60. White 1998, 449-453.

61. White 1998, 452.

62. 1468, 1469 et 1473 C.c.Q.

rança de seu produto, como o é, em face do adquirente do produto por força de um vício oculto.[63]

1236 Quanto ao dano que a baixo custo no atual estágio da técnica o fabricante poderia evitar, o regime produz os mesmos efeitos que o da culpa, é mais fácil do que o autor fazer prova. Além dos acidentes "evitáveis" a responsabilidade sem culpa não induz o fabricante a produzir bens mais seguros. Claro, o fabri-cante terá interesse em anunciar o perigo do produto e explicar como usá-lo de maneira segura. Mas, além dessas medidas, o fabricante preferirá assumir o custo dos acidentes resultantes dos produtos defeituosos ao invés de adotar medidas de maior segurança na fabricação. Isso reflete o princípio já aponta-do de que acidentes não necessariamente merecem ser prevenidos. O efeito do regime da responsabilidade sem culpa é associar uma garantia obrigatória implícita assumida pelo fabricante, cujo prêmio está incorporado no preço de compra, aos produtos manufaturados. Essa medida terá como efeito pôr o produto fora do alcance de alguns compradores.

1237 Concebível que o adquirente, ao comprar o bem, prefira assumir a ga-rantia, abrir mão dela, ou, ainda, contratar melhor seguro. Não se sabe como agiria pois os direitos modernos não conferem ao consumidor a liberdade de expressamente contratar a renúncia às garantias em contrapartida de menor preço. Recentemente um autor preconizou a "recontratualização" da respon-sabilidade extracontratual, sustentando que a responsabilidade é instituito pouco flexível, contrariamente ao contrato, que permite modelar sob medida as relações e, por isso, pode melhor refletir as preferências individuais.[64] Para que isso funcione, é preciso ter segurança de que os contratos concluídos des-sa forma sejam vantajosos para ambas as partes, o que não é fácil. É questão que retomaremos no capítulo dedicado aos contratos.

1238 Considerar o fabricante responsável não diminui, ao menos em teoria, os acidentes provocados em comparação com o regime de responsabilidade por culpa. O fabricante tem interesse em fazer pesquisas sobre seus produtos na esperança de inovar e, dessa forma, reduzir o ônus de sua responsabilidade. No capítulo da redução de custos por inovação, o fabricante é, sem dúvida, o *cheapest cost avoider*, empregando a terminologia adotada no capítulo sobre o teorema de Coase. Inovação beneficiará os consumidores na medida em que os produtos sejam mais seguros ou menos caros.

1239 Pode-se objetar que os fabricantes, de qualquer modo, teriam interesse em realizar pesquisas sobre seus produtos mesmo na ausência de responsa-bilidade, tal como determinada na lei. Inovações em matéria de segurança ou melhoria de produtos se monetizam na forma de preços mais altos que os consumidores pagariam por bens cujas qualidades superiores lhes fossem

63. 1726, 1728-1730 C.c.Q.

64. Rubin 1993.

demonstradas. O raciocínio é válido se a informação puder ser transmitida de modo fácil aos consumidores. Haverá segurança afora das características facilmente "visíveis"? Questão que será discutida no capítulo sobre o direito dos contratos. De toda forma, o direito moderno reflete a crença de que a re-gra da responsabilidade objetiva do fabricante tem vantagem comparativa em relação aos adquirentes dos produtos, mas, sobretudo, perante terceiros.

1239a. Nota da tradutora Essa visão está presente na legislação do con-sumo brasileira, desde 1989. Apenas danos causados por serviços prestados por profissionais liberais (médicos, advogados, engenheiros, por exemplo), podem ser objeto de análise de ação ou omissão culposa. A inversão do ônus da prova é a regra. O que se pode, talvez, repensar é em que medida normas extremamente protetivas concorrem para estimular certo desinteresse dos consumidores em reduzir assimetrias informacionais.

2. COMPLICAÇÕES ADMINISTRATIVAS

a. *Custos administrativos*

1240 O modelo de incentivos atrás desenvolvido não explora dificuldades anti-gas existentes na aplicação prática dos regimes. Essas dificuldades são imper-feições ou custos de transação. Sua existência não deve nos levar a concluir que o modelo básico não funciona. Os custos de transação são inevitáveis na vida real. Conduzem-nos para instituições que foram concebidas como correti-vos. Os corretivos, por sua vez, geram custos de transação. Por isso, a questão pertinente é saber se os diminuem em comparação com a situação orignal. O interesse pelos custos de transação na análise econômica não está tanto na sua absoluta presença, ou não, quanto no nível comparativo sob diferentes regimes.

1241 Para que a responsabilidade civil exerça de forma correta seu efeito dis-suasivo, é preciso, em primeiro lugar, que o autor do dano seja identificável, que possa ser processado e condenado em prazos toleráveis e a custo aceitá-vel, considerando-se os efeitos para a vítima. Em segundo lugar é preciso que não haja obstáculos intransponíveis em relação à prova, e que o judiciário não se equivoque nem na apreciação dos fatos mas, notadamente a respeito do prejuízo experimentado, nem sobre o direito. Enfim, é preciso considerar as dificuldades que aparecem depois de determinados os elementos necessários para impor a responsabilidade ao réu: a responsabilidade civil só exercerá papel dissuasivo em relação a autores de danos sensíveis aos incentivos finan-ceiros; réus insolventes ou insolváveis ou aqueles para os quais outra forma de compor os danos (*judgement proof defendants*) precisará ser alcançada. Quem tiver agido de forma dolosa (intencionalmente) ou ao fazer a prova de ação pouco ou nada cuidadosa parece não responder ao incentivo prudencial decor-rente de condenação gerada apenas por danos compensatórios.

1242 Eis as dificuldades da administação da justiça. As condições exigidas nem sempre serão preenchidas, daí convir examinar as instituições existentes para fins corretivos. O problema da prisão é respondido com a criação da polícia e do direito penal que foi examinado. O problema do custo do processo é su-perado de várias formas: justiça gratuita e regras limitando custos judiciais, assistência judiciária *pro bono* e juizados de pequenas causas ou ações coleti-vas, por danos exemplares. A demora da Justiça reflete o problema de um bem coletivo. O acesso à justiça é serviço não abundante que dificilmente pode ser racionado, no Estado de direito, pelo mecanismo do preço e, por isso, a fila de espera. Essa restrição parece insuperável. Pode-se limitar o acesso à justiça aos que tenham interesse em agir e impedir os que desejariam discutir questões puramente teóricas. Por muito tempo, o princípio foi utilizado para obstaculizar ações declaratórias.

1243 Atrasos da justiça podem interessar aos réus, assim, por exemplo, pelo desaparecimento de testemunhas ou cansaço dos autores. O atraso aproveita, mesmo no caso de condenação certa, desde que o rendimento dos recursos supere as correções legais (juros e correção monetária). Corretivo seria taxa de juros que superasse a legal.[65]

1244 Dificuldades de prova permitem vários corretivos: a inversão do ônus da prova, presunção de fato, presunção da culpa ou presunção de responsabilida-de, responsabilidade sem culpa (objetiva), instituto já tratado. Quanto ao erro da justiça, será abordado adiante. A dificuldade para fixar os danos pode ser outro motivo para admitir a regra de danos exemplares, que serão igualmente discutidos adiante.

1245 Réus insolváveis ou insensíveis a incentivos financeiros devem ser tra-tados de outra forma. O direito penal faculta a prisão ou a adoção de outras medidas que recaem diretamente sobre a pessoa do réu. Como prevenção, esses réus podem ser compelidos a contratar seguro.

1246 Quanto aos causadores de danos que agem intencionalmente ou com grande imprudência, é evidente que não são sensíveis a incentivos financeiros no que diz respeito à compensação. Mas não se pode concluir que seriam to-talmente insensíveis a incentivos do tipo financeiro: poderíamos prever danos exemplares, mesmo com gradações, e, se não produzirem o efeito desejado, recorrer ao direito penal.

1247 Algumas considerações sobre o erro judiciário.

b. Observações sobre o erro judiciário

1248 O erro judiciário pode atenuar as funções preventiva e indenizatória da responsabilidade civil. Bom número de regras, embora aumentem o custo do

65. Possibilidade expressamente presente no art. 1619 C.c.Q.

procedimento, parece ter sido ideado para diminuir esse risco. Assim, por exemplo, a regra da melhor prova e do impedimento da prova por ouvir dizer; da obrigação de apresentar testemunhas e do direito da parte contrária de as interrogar; do direto de apelar, da imparcialidade da justiça, o que obriga o juiz a se considerar impedido se houver possível conflito de interesse.

1249 A lógica esquematizada a seguir contribui para entender a razão de ser de tais regras e, mais genericamente, a organização dos procedimentos perante os tribunais. Pode-se considerar o erro judiciário como espécie de acidente. O risco de erro pode ser reduzido por medidas visando a aperfeiçoar a qualidade da informação apresentada ao juiz e pelos procedimentos de revisão e apela-ção de julgados considerados errados. Claro, o erro do judiciário não justifica precauções infinitas. Pela lógica com a qual o leitor já está familiarizado, as medidas adicionais – regras visando a melhorar a qualidade da informação apresentada ao juiz – se justificam na medida em que seu custo seja menor do que o custo de erros que, na média, prometem evitar. A fim de retomar essa ideia alhures, o procedimento refletirá o objetivo subjacente de minimizar a soma dos custos do procedimento e o dos erros.

1250 Não são fáceis de estimar os fatores que compõem esse teste. Não se co-nhece o risco do erro judiciário. O custo varia, sem dúvida, de um processo a outro. Não se sabe, também, qual o custo adicional de um procedimento que obriga as partes a apresentarem toda a prova perante a corte no momento do processo comparado com o que se baseia em documentos e peritos nomeados pela corte; ainda assim pode-se pensar em experiências laboratoriais sobre essas questões.[66]

1251 A lógica permite extrair algumas conclusões a respeito das grandes linhas de organização dos tribunais. Os casos apresentados perante as Varas de pe-quenas causas têm importância relativamente menor do que os que são objeto de litígio perante varas cíveis de primeira instância. Em consequência, resulta que o custo do erro judiciário é menor para as pequenas causas, o que justifica procedimentos menos elaborados ou complexos. Efetivamente, as pequenas causas, ao menos em Québec, não permitem representação por advogado; o juiz exerce papel mais ativo e sua decisão não é passível de recurso. Outro fenô-meno é que a Corte de Apelação tem mais juízes enquanto que em, Québec,[67] as varas de primeira instância têm juiz singular. Os temas, em processos com recurso por suspeita de erro, justificam as medidas adicionais.

1252 Parece oportuno estudar algumas instituições concebidas para dar realce à responsabilidade civil quando não preencher, de forma adequada, a função dissuasiva: direito penal e danos exemplares.

66. Por exemplo, Lind/Thibaut/Walker 1973; Lind et al. 1976; Lind/Tyler, 1988; Thibaut/Walker 1975; Thibaut et al. 1974; Thibaut/Walker 1978; Walker et al. 1972.

67. Mas não na França.

3. INTERFACE COM O DIREITO PENAL

a. Princípios de direito penal

1253 A responsabilidade civil visa a fazer com que o autor de um dano assuma o custo total do prejuízo causado, nem mais nem menos. Autores de even-tuais danos recebem, dessa forma, os sinais corretos relativos ao nível de prudência que lhes cabe adotar em relação à pessoa ou a bem de outrem. O regime não permite manter pressão dissuasiva conveniente se o autor tiver a possibilidade de escapar da responsabilidade pelo dano causado, ou se não for sensível aos sinais da responsabilidade. Nessas circunstâncias, pode ser o caso de recorrer ao direito penal ou aos danos exemplares.

1254 O direito penal leva a duas modificações importantes em relação ao direi-to civil. Primeiramente a pesquisa da culpa é entregue a órgão especializado, a polícia, e o processo a agentes do Estado: promotores nos países europeus, procuradores da Coroa no Canadá. Em segundo lugar, o direito penal aban-dona o nexo direto entre o dano causado e a pena imposta ao culpado, o que é inevitável, pois o direito penal tem penas diferentes das monetárias (en-carceramento, internação em clínica psiquiátrica etc.). A falta de nexo direto caracteriza, também, os danos exemplares.

1255 Sobre a iniciativa da pesquisa e do processo, a diferença com esses proce-dimentos no direito privado decorre de que o órgão estatal atua preso a um or-çamento fixo. Processa na medida em que seu orçamento lhe permite fazê-lo, o que pode limitar sua atuação a apenas uma parcela dos casos que deveriam ser processados. A constrição orçamentária incentiva que sejam processados casos em que haja garantia de condenação, seja por conta da prova disponível, seja pe-los baixos recursos de que o promotor dispõe para defender "pequenos" casos. O órgão pode obter a condenação, mesmo de um "pequeno" caso, precedente útil em processos mais complicados, em que o autor recorrerá a meios impor-tantes para se defender. De outra forma, a condenação reforça sua reputação de força ou eficácia e pode induzir os criminosos a colaborarem com o Ministério Público ou a se declararem culpados rapidamente.

1256 A restrição orçamentária leva o órgão estatal a se interessar por se envol-ver em casos por meio do que, no Canadá, é conhecido como "transação para a confissão" (*plea bargaining*): o acusado aceita declarar-se culpado se houver aceitação pela Coroa de delito de menor gravidade, afastando acusações por delitos mais graves. A restrição orçamentária e a limitação de pessoal fazem com que, no caso de delitos ambientais, esse tipo de negociação, por exemplo, seja usado pela agência estatal responsável pela aplicação da legislação espe-cial, fundada em entendimentos com as indústrias envolvidas, sem necessa-riamente poder impor respeito à letra da lei.[68] Pode-se, então, pensar que a

68. Ver, por exemplo, Hétu 1995, 265-290.

prática garante maior respeito à lei do que prevaleceria se o órgão se recusasse transigir e processasse todos os casos permitidos, dados os meios limitados de que dispõe.

1257 Compare-se esta situação ao processo iniciado por particulares.[69] Estes têm interesse em processar sempre que supuserem que ganharão a deman-da e os valores que vierem a receber permitirão recuperar as despesas com o processo. Se o interesse for muito relevante, a fim de justificar as despesas de investigação e do processo, a natureza do regime fará com que autores de danos enfrentem o custo de seus atos. Os danos exemplares se baseiam na busca por reparação pelos interessados, acrescendo-se à sanção um componente punitivo.

1258 Especificidades do direito penal podem ser explicadas como respostas à possibilidade de dissimulação de atos culposos. Interessante apontar as dife-renças em relação ao direito civil. Em primeiro lugar, uma sanção pode ser im-posta em decorrência de ato culposo mesmo que não tenha sido completado. A tentativa e o complô são puníveis, ainda que as regras de direito civil não os prevejam, ou diante da inexistência de prejuízo, em que não cabe a regra de responsabilidade. Em segundo lugar, o direito penal afasta a exigência de nexo de causalidade direto entre o prejuízo causado e a sanção imposta a seu autor. Certo de que preserva alguma proporcionalidade entre ambos de forma a garantir que circunstâncias agravantes (por ex.: o uso de armas durante um roubo), possam gerar aumento da pena. Mas a sanção imposta não equivale ao prejuízo causado à vítima, como no direito civil.

1259 Diz-se que o crime é punido conforme o dano que cause à sociedade. Qual o significado dessa fórmula? Em direito civil, a sanção por responsabi-lidade deve equivaler ao dano causado, o que é necessário e suficiente para desencorajar o comportamento que cause danos. Se o direito penal precisa de um acréscimo dissuasivo na comparação como o direito civil, é porque os autores de danos podem fugir da responsabilidade através de dissimulação ou outro artifício, ou porque não são sensíveis às sanções do direito civil, por insolvência, se benefícios pessoais (prazeres) obtidos com a atividade culposa não forem superados, afastados, pela indenização. Para escapar a esse arbítrio, o acréscimo dissuasivo com que o direito penal atinge a pessoa con-denada deveria ser suficiente para compensar as imperfeições.

1260 O critério pode ser operacionalizado de forma conveniente para os danos exemplares, como veremos. No direito penal, isto é menos fácil. O direito pe-nal tem princípios que visam a circunscrever a liberdade de punir e a reduzir o risco de erro, cujas consequências são mais graves quando se abandona o nexo direto entre prejuízo causado e sanção. Os princípios são formulados sob a forma de cânones muito simples de serem operacionalizados na prática processual.

69. Posner 2003, 631-640 (c. 23).

1261 Para que o comportamento seja objeto de processo penal é preciso, antes de tudo, que haja previsão legal (princípio do *nullum crimen sine praevia lege*); o mesmo se dá com a sanção (princípio da *nulla poena sine praevia lege*). A legis-lação penal deve ser precisa e detalhada. Os textos devem ser interpretados de forma restritiva. Em contraste, os textos sobre a fé de que se reveste a responsabilidade civil são enunciados por meio de fórmulas gerais e a sanção corresponde simplesmente ao prejuízo causado, ou seja, à perda experimen-tada e ao ganho de que a vítima foi privada.

1262 No direito penal a pessoa é considerada inocente até prova em contrário; não se lhe requer desculpar-se. A condenação pode ser declarada, no direito canadense, se a culpa ficar estabelecida além de qualquer dúvida razoável, enquanto no direito civil basta comparar, balancear as probabilidades.[70] O di-reito penal pondera mais pesadamente o erro que consistirá em condenar um inocente do que o de não condenar o culpado; em direito civil tais erros são, em princípio, tidos como equivalentes.

b. *Os danos exemplares*[71]

1263 Danos exemplares ou punitivos são, em princípio, desconhecidos pelo direito civil.[72] A doutrina civilista se opõe à ideia de pena privada.[73] As expli-cações desenvolvidas no início do capítulo indicam a razão: em direito civil o dano eventualmente causado é a medida pela qual se escolhe a prudência conveniente a ser adotada em relação à pessoa ou a bem de outrem. O direito civil clássico não procura instalar a prudência além desse nível. Aceitar com-pensação além desse limite incentiva a sobreprevenção. Polinsky e Shavell oferecem exemplos de situações nas quais a ameaça de responsabilidade civil com danos punitivos leva à superprevenção:[74] *medicina defensiva* (uso excessivo de exames com a finalidade de eliminar qualquer risco de responsabilidade civil); nas instalações de bombeamento de petróleo, fazer com que cada traba-lhador seja fiscalizado por outro na sua atividade; instalar paralelepípedos em todas as ruas com duas mãos de direção para separar as pistas; instalar rada-res eletrônicos em todos os ramais de vias férreas. A conclusão a que se chega, diante de tais exemplos é que, tão lamentáveis quanto se possa considerá-los,

70. Art. 2804 C.c.Q.

71. O termo “exemplar” tem a preferência de Baudouin/Deslauriers 2003, nº 338, p. 271.

72. Sobre esta questão, no direito civil de Québec: Roy 1995; Baudouin/Deslauriers 2003, nºs 334-355, p. 267-299; em outro sistema de direito civil: Kerkmeester 1998, 1807-1813; no direito nor-te-americano a literatura é grande; excelente resumo, mas bastante longo, é encontrado em Po-linsky/Shavell 1998; Karpoff/Lott 1999; Beaulac 2002, 351-373.

73. Viney 1995, nº 74-3, p. 122.

74. Polinsky/Shavell 1998, p. 880.

certos acidentes não merecem ser prevenidos, o que não afasta a questão de saber quem está em melhor posição para assumir o ônus.

1264 O *Código Civil de Québec,* após 1994, prevê, entre outras disposições, a for-ma de estabelecer direitos exemplares, que o Código e leis especiais autorizem:

> "1621. Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers."

> "Desde que a lei preveja a concessão de danos punitivos, eles não podem exceder, em valor, montante que seja suficiente para garantir sua função preventiva. São calculados (estimados) levando em conta todas as circunstâncias apropriadas, notadamente a gravidade da culpa do devedor, sua situação patrimonial ou a extensão da reparação devida ao credor, tanto quanto, no caso concreto, o fato de, conforme o caso, o paga-mento reparador seja assumido, no todo ou em parte, por terceiro."

1265 O texto não especifica como determinar os danos exemplares no caso concreto e delega implicitamente a tarefa à doutrina. Vejamos como a análise econômica pode contribuir para isso.

1266 Os danos exemplares têm função dissuasiva. Justificam-se quando o sis-tema de responsabilidade civil não tem sucesso em impor ao autor do dano ônus que o incentive a adotar a prudência desejada. Muitas hipóteses podem ser pensadas. Uma primeira aparece quando o autor do dano tem boas proba-bilidades de evitar a condenação porque pode dissimular seus atos ou porque são pequenas as probabilidades que justifiquem o processo. Considere-se, por exemplo, o comerciante que adota prática cujo efeito é fraudar os consu-midores, cada um deles por montante pequeno, irrisório. A maior parte não fará nada, considerando que o custo de um processo não vale a pena. Se um consumidor em cem iniciar o processo e conseguir a condenação do comer-ciante, que será obrigado a pagar danos compensatórios, este ainda pode ver vantagens em continuar com a prática: perde o ganho ilícito em um caso entre cem – e paga os custos do processo – mas conserva os ganhos dos outros 99 casos. A pressão dissuasiva não é suficiente.

1267 Uma segunda hipótese é que os tribunais, baseados em procedimento habituais, não consigam avaliar corretamente o dano causado, como se dá em matéria de discriminação.[75] Um terceira hipótese concerne aos atos cometi-dos de forma maliciosa. O autor dos danos pode ser insensível ao pagamento pelos danos causados à vítima, dado que o ganho, ou a satisfação pessoal

75. Para o direito de Québec, ver art. 12 et 49 da *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, cap. C-12.

(correspondente à sua intenção maliciosa) ultrapasse a soma a ser paga, con-ferindo-lhe ganho líquido derivado de seu ato repreensível mesmo depois de condenado a indenizar.

1268 Os danos exemplares visam a restaurar a pressão dissuasiva sobre o au-tor, deixando a iniciativa do processo ao particular, ao invés de confiá-la a órgão estatal. Devem ser considerados como forma de conceder indenizações que superem os danos do caso concreto, porém não no conjunto de casos si-milares, e não devem criar incentivos à superprevenção.

1. *Os atos dissimulados ou de* minimis

1269 Como fixar o montante dos danos exemplares? Na primeira hipótese con-siderada, a do comerciante fraudador, se em um caso em cem leva a uma con-denação, a pressão dissuasiva será restaurada por perdas e danos equivalentes a cem vezes o que seria imposto no caso particular. Isso pressupõe que o dano causado em cada caso seja idêntico – simplificação aceitável. Sendo a proba-bilidade de o comerciante ser pego e condenado é de uma em cem, os danos exemplares devem ser fixados em cem vezes o dano provado para o caso. Se o dano provado for de $ 50, a condenação apropriada é o produto dessa soma e do inverso da probabilidade, ou seja, $ 5.000, dos quais $ 50 a título de danos compensatórios e $ 4.950 como danos exemplares ou punitivos.[76]

1270 Os danos exemplares são estabelecidos aplicando um multiplicador ao dano provado. Se o ato não puder ser escondido e causar um dano suficiente-mente relevante, importante, nenhum acréscimo preventivo será necessário; os danos compensatórios constituem, por si só, escala justa. O multiplicador será, então, igual à unidade e nós estaremos no regime comum. Polinsky e Shavell consideram que a catástrofe do Exxon Valdez é dessa natureza.[77] A Exxon admitiu, desde o início, sua responsabilidade e liberou os valores ne-cessários para a limpeza do local e a indenização das vítimas. Os danos exem-plares não serviriam, a seu ver, para nenhum fim útil.

1271 Para determinar o multiplicador nos casos em que se impõem danos exemplares, o juiz deve estimar a probabilidade de o autor dos danos ser processado e condenado; e deve levar isso em conta no julgamento. O fato de que existam contra o mesmo réu causas pendentes de objeto comparável deveria aumentar a probabilidade e diminuir o montante de danos exemplares a serem impostos. Interessa notar que, para estabeler o montante de danos exemplares nos casos aqui examinados, a situação patrimonial do réu, men-cionada no art. 1621 do *Código Civil de Québec*, não foi considerada.

76. Matematicamente, se o dano é D e a probabilidade de ser pego e condenar é de p, a condenação total deve ser fixada em $1/p$. D. A porção de danos exemplares se estabelece em $1/p$. D – D, o que se reescreve como $(1 - p)/p$.D. O termo $(1 - p)/p$ é o multiplicador dos danos exemplares.

77. Polinsky/Shavell 1998, 903-904.

1272 A prática, sem dúvida, levará à simplificação da operação adotando, por exemplo, uma escala de probabilidades com incrementos de 10%, como mos-tra a Tabela II, 4.6.

Tabela II, 4.6 – Relação entre a probabilidade de processo e de condenação do réu e o multiplicador a ser aplicado aos danos compensatórios para estabe-lecer os danos exemplares

Probabilidade

Probabilidade
50%
60%
70%
80%
90%

1273 Pode-se argumentar, admitindo que a proposta repõe o ônus sobre o au-tor do dano, se a vítima, vitoriosa não receberá eventual presente? A resposta é que é preciso incentivar as vítimas a superarem o *horror fori* e a tomarem a iniciativa de processar, o que justifica valor que supere o reembolso de todas as despesas ligadas ao processo. Sem considerar essa função, uma parte dos danos exemplares poderia ser direcionada a fundo para a indenização de ví-timas, ou para a defesa de vítimas em casos similares, ao Estado ou a outro organismo de utilidade pública.

2. *Os atos em que o* tort *é moral*

1274 Que danos exemplares (punitivos) estão previstos nas duas outras hi-póteses? A dificuldade é não dispormos, como ponto de partida, de escala de danos compensatórios. No caso de danos “morais” como a discriminação, os danos

exemplares conferem ao juiz margem de discricionaridade na apre-ciação dos danos. O nome *danos discricionários* poderá deixar a justiça em má situação [posição]. A margem de discricionaridade deve ser limitada.

3. *Os atos intencionalmente prejudiciais*

1275 Mais difícil, do ponto de vista econômico, é traduzir em valor os atos danosos intencionais. As escolhas que interessam ao economista são os atos empreendidos por agente racional que visa a maximizar seu bem-estar. Para quem decide modificar seu comportamenteo evitando dano a outrem, o fato

de assumir o risco de produzir o dano é, para o economista, decisão conscien-te a qual deveria ser balizada pela punição. O que caracteriza o ato intencio-nal de causar dano a outrem é que nesse ilícito se busca uma utilidade *em si mesma,* ou seja, uma vantagem subjetiva e pessoal do agente, contrariando as situações nas quais o dano é consequência acidental (incidente) de comporta-mento cuja utilidade, para o agente, está alhures.

1276 Os danos exemplares estimulam o juiz a estimar o montante necessário para anular a vantagem subjetiva e pessoal que o autor obtém com o ato. Impondo danos exemplares pode-se esperar fazer cessar o comportamento visado. Difícil operacionalizar o teste. Não há mercado para tais vantagens subjetivas e pessoais e, portanto, não há preço perceptível. O efeito dissuasivo poderia ser mensurado pela repetição dos atos – a recidiva em direito penal – mas o juiz cível não tem acesso a tal informação. Estamos, agora, no domínio próprio do direito penal e da criminologia.

1277 Polinsky e Shavell[78] sustentam que os danos exemplares não têm espaço no campo empresarial. A função das empresas, que se reflete nas estruturas de controle e financiamento, é produzir bens ou serviços da maneira mais rentável. São sensíveis aos sinais financeiros. Os únicos danos compensató-rios deveriam bastar para levar, sob esta ótica, à correção de decisão errada, ou seja, para que a empresa internalize os custos externos não justificados.

1278 E, no entanto, nos Estados Unidos da América são, comumente, conce-didos danos exemplares contra empresas fabricantes de automóveis ou ou-tros produtos industriais cuja concepção seja considerada vergonhosamente deficiente do ponto de vista de segurança, como o Ford Pinto;[79] empresas que causem catástrofes ecológicas (Exxon-Valdez) ou humanitárias (Union Carbide, cuja fábrica explodiu na Índia); empresas farmacêuticas cujos me-dicamentos produzem efeitos adversos ainda que em pequeno número de casos. Aparentemente, nesses casos, os administradores das empresas toma-ram decisões e deliberadamente aceitaram risco para a vida humana e para o meio ambiente.

1279 O caráter deliberado de suas decisões não deve induzir em erro. O papel social do nosso sistema impõe aos administradores de empresa avaliarem as diferentes opções, das quais a maior parte, na sociedade em que vivemos,
é arriscada, até para a vida humana. Fechar os olhos a tais considerações

78. Polinsky/Shavell 1998, p. 948 ss.

79. Schwartz 1991. Um Pinto pegou fogo em seguida a uma colisão traseira. O risco de tal in-cêndio resulta da localização relativamente arriscada do tanque de gasolina, risco de concepção conhecido do fabricante. A motorista morreu no acidente; o jovem sentado ao lado dela teve queimaduras em todo o corpo. Além dos danos compensatórios de US$ 3 milhões, o júri conce-deu US$ 125 milhões a título de danos exemplares. O montante foi depois reduzido a US$ 6,5 milhões pela Corte de Apelação. Ver Grimshaw v. Ford Motor Co., 119 Cal. App. 3rd 757, na p. 800; 174 Cal. Reptr. 348 (1981), na p. 358, 376.

implicaria refutar nosso modo de vida, ou ainda imputar valor infinito à vida humana, o que justificaria nível infinito de precauções para evitar a perda de uma única vida. Como, então, justificar vidas perdidas a cada ano nas rodo-vias? A concepção parece levar a um beco sem saída.

1280 Se os administradores fizessem cálculo preventivo, os instrumentos de responsabilidade civil ordinária seriam, normalmente, suficientes para chamá--los à ordem. Entretanto, é preciso admitir que, quando está em jogo a vida humana, as coisas fogem da esfera ordinária. A particularidade é que não há mercado para a vida humana e não dispomos de uma escala confiável para estabelecer o preço que se cobraria para fins de cálculo dos riscos. Podem-se, claro, estabelecer valores de maneira indireta, tabulando sobre "prêmios de risco" exigidos para empregos de alto risco, ou sobre o valor do seguro de vida que as pessoas subscrevem.[80] Porém, tais extrapolações exigem cuidado.

1281 É possível que os agentes, utilizando esses valores, cheguem a um cálculo de prevenção cujos resultados seriam considerados odiosos pelo bom-sen-so. Teria sido a hipótese do caso Pinto. A tragédia faz-nos descobrir se, para o futuro, queremos aumentar nosso nível de precaução. Os enormes danos exemplares concedidos pela justiça – na Califórnia, o júri civil – constituem forma de lembrar que, em relação aos resultados, o valor da vida humana está subavaliado e deve ser elevado nos cálculos preventivos. O drama é que essa descoberta se dá pela perda de vidas humanas.

1282 A análise dos danos exemplares é diferente no que diz respeito às pes-soas. O nível de danos propriamente punitivos, antes de anular uma vanta-gem subjetiva e pessoal cuja importância varia conforme a riqueza, poderá ser adaptado em função de sua situação patrimonial, na terminologia do art. 1621 do *Código Civil do Québec*. Encontramo-nos, aqui, frente à única hipótese pre-vista em que é adequado levar eesse fator em consideração.

1283 Além dessas considerações gerais, não há teste preciso que possa guiar o juiz na fixação dos danos exemplares no caso de atos intencionalmente danosos. O juiz deve, pois, recorrer à maior cautela no uso de seu poder discricionário. Interessante notar que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América balizou esse poder discricionário ao determinar, em 2003 – sem pretender fixar fórmula matemática precisa –, que os danos exemplares que ultrapassassem os compensatórios numa relação superior a nove vezes seriam inconstitucionais por incompatíveis com a garantia do procedimento equitati-vo enunciado na décima quarta emenda da Constituição norte-americana.[81]

80. Ver, em francês: Sauvy 1977. Em inglês: Viscusi 2000; Viscusi 2003.

81. *State Farm Mut. Auto Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 424 (2003).

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

1284 A leitura econômica da responsabildade civil extracontratual evidencia a lógica preventiva de que estão impregnados os fundamentos do instituto. A responsabilidade protege os direitos exclusivos sobre bens escassos, procura desencorajar danos, internalizar as externalidades e, assim, impor que todos suportem o custo integral de seu comportamento.

1285 O instituto serve, ao mesmo tempo, para indenizar a vítima. Esse objetivo não pode, porém, ser o único a informar a responsabilidade civil extracontra-tual, pois o risco seria deslizar para a lógica do *“deep pocket”* (responsabilidade medida pela solvabilidade do réu). Esse escorregão pode aumentar, sem limi-tes, os custos derivados de acidentes e à sua prevenção, como mostraram, nos anos 1970 e 1980, a experiência neozelandesa e a mais limitada de Québec, em matéria de estatização de seguro de automóveis.

1286 O fato de os fundamentos da responsabilidade civil extracontratual re-fletirem profunda lógica preventiva não significa que o instituto cumpra per-feitamente sua função. Estudos empíricos lançam sombras sobre o efeito do instituto nas suas funções de dissuasão e indenização. Por isso, há institutos substitutos mais bem concebidos para esses fins. Interessa compreender as funções do instituto substituído, compreendendo melhor os recursos aos as-pectos negativos para incentivar a prudência nas rodovias; a responsabilidade sem culpa para superar problemas de prova para vítimas de acidentes; o recur-so a formas de seguro para acidentes de trânsito, acidentes de trabalho e aci-dentes catastróficos. Esses institutos substitutos suscitam outros problemas que requerem, por sua vez, corretivos. Novamente a análise econômica capta as funções e os perigos das instituições corretivas. No caso de danos exem-plares – instituição inédita nos sistemas civilistas – em particular, mostra que não necessariamente contrariam ou violam a lógica civilista e indica a forma de interpretá-los para que se conformem ao sistema.

1287 O direito da responsabilidade, com todas as ramificações introduzidas pelas reformas, fica límpido à luz da análise econômica. A análise econômica do direito propõe ao civilista leitura que não é fundamentalmente estranha à tradição dos grandes doutrinadores. Confirma as instituições e mostra os liames de uma sistemática própria do pensamento civilista.[82] Graças às fer-ramentas acessíveis de raciocíonio, contribui para tornar transparente a es-trutura base do direito civil. Descartando soluções que não sejam adequadas, direciona a atenção para as questões realmente importantes[83] e permite com-preender melhor as implicações de nossas intuições morais.

82. No mesmo sentido, Fabre-Magnan 1992, nº 151, p. 116.

83. Craswell 2003, 914.

INDO ADIANTE

1288 Calabresi foi quem primeiro mostrou como se pode empregar a análise econômica para entender melhor a responsabilidade civil. Escreve bem, e seu primeiro livro sobre a matéria é de fácil leitura (Calabresi 1970).[84] O mesmo pode ser dito de Atiyah, que faz igual abordagem para os leitores britânicos. (Atiyah, 1970).[85] Em livro subsequente, Calabresi se volta para as questões morais das escolhas em matéria de acidente e sua prevenção.[86] A primeira síntese da análise econômica da responsabilidade civil extracontratual que se torna clássica é de Landes/Posner, de 1987.[87] Menos acessível para o jurista, a obra de Shavell de 1987 é publicada no mesmo ano.[88] Em francês, Maitre publicou excelente síntese do conjunto da área (Maitre 2005); Büyüksagis fez o mesmo para a responsabilidade do fabricante (Büyüksagis 2005). Em ho-landês, leia-se Visscher, 2005. A coleção publicada sob coordenação de Kirat (2003) oferecerá excelente visão geral, em francês, sobre a lógica e as di-ferentes aplicações da responsabilidade civil. Em alemão, o *locus classicus* é Adams, 1985. A pesquisa empírica sobre os efeitos dos diferentes regimes de responsabilidade civil está resumida, de forma magistral, em Dewees et al. 1996.[89] Obra coletiva de Levmore retoma bom número de artigos fundamen-tais (Levmore 1994).[90] O debate sobre os fundamentos filosóficos está bem resumido em Englard 1993.[91] Sobre o papel da responsabilidade na defesa do meio ambiente, consulte-se Faure/Skogh 2003.[92] Sobre a delicada questão de ligar determinado valor à vida humana, o que repercute sobre as precauções justificáveis para evitar pô-la em perigo, é Viscusi quem tem a obra pioneira, por exemplo, Viscusi 1998 e 2000.[93]

84. Calabresi 1970.
85. Atiyah 1970.
86. Calabresi/Bobbitt 1978.
87. Landes/Posner 1987.
88. Shavell 1987.
89. Dewees et al. 1996.
90. Levmore 1994.
91. Englard 1993.
92. Faure/Skogh 2003.
93. Viscusi 1998; Viscusi 2000.

capítulo **5**

O contrato

"A moralidade resulta de falhas de mercado. O primeiro passo para tornar essa exigência boa é mostrar que o mercado perfeito, se existisse, ge-raria uma área moral livre, área dentro da qual as restrições de moralidade não encontrariam espaço."
Gauthier, David, Morals by Agreement, Oxford, Clarendon Press, 1986, 84

1289 Ao retornar para casa passei na frente de uma banca em que são vendidas frutas frescas, as da estação. Fica aberta na primavera, no verão e no outono, até que caia a primeira neve. Paro para comprar algumas maçãs; escolho-as pessoalmente; a vendedora, que conheço por passar ali regularmente, as pesa e me diz o preço, que eu pago em moeda corrente.

1290 O direito exerce, nesse caso, função mínima: a possibilidade de escolher as maçãs que comprarei e o dinheiro com que pagarei são fatores ou elemen-tos suficientes para atingir a meta visada que é um ganho para os dois contra-tantes, tanto para vendedora quanto para mim. Para a vendedora, o dinheiro
– de fato, o que com ele se pode comprar – vale mais do que as maçãs vendi-das; para mim, é o inverso. No dizer dos economistas, o contrato permitiu a circulação de recursos para usos mais valorizados.

1291 As coisas ficam mais difíceis quando as prestações não são simultâneas;[1] quando as prestações das partes são espacialmente separadas; quando as qua-lidades do bem a ser comprado não se revelam mediante simples inspeção; quando não há entre as partes relação de longo prazo; quando existem in-certezas, eventualidades não previsíveis no momento do acordo; ou, ainda, quando o valor possa variar segundo os cuidados que sejam adotados pelo

1. Smith 2004, 112.

vendedor. Como exemplos lembram-se contrato de venda para entrega fu-tura; fretamento de um navio ou avião; franquia; contrato para instalação de sistema de informática "chave na mão" (*turn key)*; compra de um edifício em construção, ou contrato de empreitada para o mesmo fim; contrato de presta-ção de serviços celebrado com corretor que gerencia grande carteira de valores mobiliários. São operações complexas nas quais as áleas naturais e os riscos de ações oportunistas do contratante não podem ser ignorados. O direito tem papel relevante, significativo, nesses casos.

1292 É preciso esclarecer esse papel. Espera-se que o melhor interesse dos agentes, em uma economia de mercado, baste para estimulá-los a fazer trocas
– no sentido empregado pelos economistas – que possam ser-lhes proveito-sas. O direito não precisa estimulá-los. Ou seja, os agentes estão, normalmen-te, mais bem postos do que qualquer outra pessoa para julgar o que lhes dará satisfação ou desprazer. Globalmente o bem-estar de todos aumenta, avança, quando as trocas são bem-sucedidas. Tudo isso induz ao princípio de permi-tir que os agentes tenham liberdade para celebrar contratos que considerem bons, vantajosos.

1293 A experiência milenar fez com que os juristas descobrissem inúmeros problemas que podem ocorrer ao longo do caminho. Convém preveni-los? As considerações do capítulo precedente sugerem ser interessante prevenir aci-dentes de percurso se o custo para tanto for baixo, quer dizer, todos aqueles em relação aos quais o custo de prevenção seja inferior ao do acidente – de percurso – prevenido, evitado. Quando a prevenção vale o custo, trata-se de determinar se estará mais bem garantida por precauções que podem adotar o ou os agentes individualmente – e por qual deles – ou por "regulação"[2] do contrato por meio de regras de direito estatais, impostas a todos os agentes ao mesmo tempo, de forma obrigatória (direito imperativo ou cogente), – o que restringe a liberdade de contatar – ou por opção (direito supletivo) – per-mitindo que os agentes escolham as que melhor lhes convierem.

1294 Estão esquematizadas as questões de direito em matéria contratual. Para respondê-las os juristas desenvolveram, ao longo do tempo, um reper-tório de práticas e institutos para regulação. No examinar suas razões eco-nômicas convém, por sua vez, estudar, como é usual, a formação do contrato (Seção 2) e sua execução (Seção 3); previamente indaga-se a respeito da economia do direito dos contratos do ponto de vista da análise econômica (Seção 1)

2. Jamin 2006.

Seção 1

Economia geral do contrato

1. LIBERDADE DE CONTRATAR E SEUS LIMITES

a. Princípio

1295 O escopo do contrato é permitir obter ganhos recíprocos para as duas partes (ganho de Pareto), um resultado ganha-ganha ou *win-win.* "O direito dos contratos deve permitir que as pessoas obtenham o que desejam."[3] Dado o caráter essencialmente subjetivo dos valores, de que se tratou no capítulo sobre o mercado e a concorrência, este escopo seria, em princípio, mais bem garantido deixando as pessoas livres para celebrar os contratos que lhes con-viessem. Em francês, a doutrina emprega a expressão "*autonomia da vontade"* para designar tal princípio.[4] É difícil negar o princípio na sua generalidade: levaria a reduzir o indivíduo ao papel de "aceitar ou recusar submeter-se a diferentes *status* previstos em lei, os usos ou os contratos-padrão".[5]

1295a. Nota da tradutora A doutrina brasileira emprega a expressão "au-tonomia privada" ao invés de "autonomia da vontade" para definir os limites em que as manifestações volitivas individuais são aceitas. Isto porque tanto as normas cogentes quanto instituições socialmente modeladas e aceitas limi-tam o que, anteriormente, era visto como autonomia da vontade.

1296 Com maior precisão, a autonomia da vontade é o princípio segundo o qual o ser humano não pode se obrigar senão por sua própria vontade.[6] O princípio da autonomia da vontade remontaria a Kant,[7] mas os autores ci-vilistas, em sua doutrina, não parecem ter sido diretamente inspirados pelo

3. Gordley 2006, 333: "A basic purpose of contract law is to enable people to get what they do want." (333). "Propósito básico do direito dos contratos é permitir às pessoas obterem o que desejam".

4. O princípio teria sido posto em evidência por Gounot 1912. Ver Carbonnier 1996, nº 20, p. 57; 1972, nº 9, p. 33; Ghestin 1980, nº 31, p. 18 ss.; Fabre-Magnan 2004, nº 28, p. 56; Pineau/Gaudet 2001, nº 35, p. 93; Lluelles/Moore 2006, nº 246, p. 109.

5. Malaurie/Aynès 1990, nº 611, p. 326.

6. Ghestin 1998, nº 31, p. 20; Lluelles/Moore 1998 nº 246, p. 118; Pineau/Gaudet 2001, nº 35, p. 93; Baudouin/Jobin 1998, nº 65, p. 93.

7. Malaurie 1996, 128; Gazzaniga 1992, nº 165, p. 187; Pineau/Gaudet 2001, nº 35 [sem fonte]; Tancelin nº 62, p. 35: remetendo a Kant, *Metaphysik der Sitten* (Métaphysique des moeurs), em que a primeira parte é intitulada *Anfangsgründe der Rechtslehr*e (Doutrina do direito), 1797, par. 18, nº 150. Gordley 1991, 241 considera ser este empréstimo ruim.

filósofo.[8] O princípio não parece ter interessado aos estudiosos antes do iní-cio da discussão a respeito do fundamento da teoria civilista do direito dos contratos, no início do século XX, sobretudo para criticá-lo.[9] Nunca, de forma rigorosa, o princípio foi caracterizado no Código Civil ou no direito em vigor, nem na França ou em Québec, nem, sem dúvida, em outros países civilistas de influência francesa.[10]

1297 A evolução do contrato durante o último século questionou o princípio da autonomia da vontade com movimentos em direção à "socialização, à pu-blicização, ao coletivismo e à especialização".[11] A concepção "solidarista" que se afasta da mais individualista, fundada na autonomia da vontade, provo-cou crise na teoria do contrato.[12] Seria mais justo caracterizar esse direito como fundado em três princípios: ao lado da autonomia da vontade, há que reconhecer a lealdade contratual, que se exprime pela boa-fé e equidade, e a utilidade social, que se reflete na ordem pública e na segurança jurídica.[13] Em seguida, teremos a oportunidade de examinar em mais detalhes essas noções.

1297a. Nota da tradutora Possível interpretação do art. 421 do Código Ci-vil Brasileiro, ao condicionar a liberdade de contratar à função social do con-trato, seria essa concepção solidarista que, talvez, tivesse como fundamento, externalidades negativas.

1298 A doutrina extrai, do princípio filosófico da autonomia da vontade, qua-tro outros princípios propriamente jurídicos: a liberdade contratual; o con-sensualismo; a força obrigatória do contrato e o efeito relativo do contrato.

1299 *Liberdade contratual*.[14] Visto sob o ângulo da economia que se volta para a circulação de bens e serviços para utilizações mais valorizadas, todo contra-to no qual os interessados prevejam que ele, o contrato, o acordo, lhes será favorável deve, em princípio, poder ser concluído. Juridicamente essa ideia se traduz pelo princípio da *liberdade contratual* quanto à matéria. Implica que qualquer um é livre para decidir se quer contratar, escolher a outra parte con-tratante e determinar as cláusulas do contrato que lhe convenham.[15]

8. Gordley 1991, 215-217 e 224, citando Ranouil 1980.

9. Gordley 1991, 162; Ghestin 1998, nº 37-3, p. 26; Jamin 2004, 2006.

10. Pineau/Gaudet 2001, nº 154, p. 305; Baudouin/Jobin 1998, nº 65, p. 93.

11. Gazzaniga 1992, nº 176, p. 204.

12. Jamin 2003a, 13 ss. Observar-se-á a evolução paralela das ideias no direito inglês, relatada em Atiyah 1979.

13. Ghestin 1998, nº 52, p. 34-35; no mesmo sentido, para o direito de Québec, Baudouin/Jobin 1998, nº 65, p. 94.

14. Ghestin 1998, nº 39, p. 28.

15. Flour/Aubert 1975, nº 130, p. 92; Ghestin 1998, nº 39, p. 28.

1300 *Consensualismo*.[16] O princípio da liberdade contratual se estende, também, à forma. O contrato é *consensual*. Qualquer contrato deve, em princípio, poder ser concluído sem formalidade. Regra geral é que a só manifestação do acor-do deve bastar para formar o contrato. Do ponto de vista econômico trata-se de redução dos custos de transação. Nisto o direito moderno se distinguiria do direito romano, no qual a maior parte dos contratos não poderia ser va-lidamente concluída senão mediante a observância de formalidades, ou pela entrega do bem objeto do contrato.

1300a. Nota da tradutora O direito brasileiro é claro quanto às formalida-des que devem revestir certos contratos, como, por exemplo, compra e venda de bens imóveis. Possível explicação tem a ver com o fato de que a proprie-dade imobiliária se transfere mediante registro, ou averbação no registro de imóveis competente. Sem documento formal, que preencha requisitos que facilitem a comprovação da operação, os custos de transação seriam muito mais elevados.

1301 *Força obrigatória do contrato.*[17] Uma vez concluído o contrato, as partes fi-cam obrigadas a executá-lo nos termos acordados, e o juiz a conferir-lhe efeito sem modificá-los. É o denominado princípio da *força obrigatória* do contrato. *Pacta sunt servanda.* Isso dá a segurança que permite às partes planejarem seus negócios. Os mercados são sistemas de cooperação que permitem encontrar, descobrir, criar novas formas de fazer em ambiente aberto à inovação.[18] Esses sistemas funcionam desde que as inovações gerem ganhos para aqueles que tiveram a intuição e ousaram concretizá-las deixando, igualmente, a seu cargo eventuais insucessos. Este é o preço dos avanços da sociedade. A possibilida-de de discutir as prestações ajustadas aumentaria os custos de transação para as partes contratantes e, portanto, atrasaria a conclusão de contratos.

1302 *Efeito relativo do contrato.*[19] A autonomia da vontade determina, também, que apenas as partes contratantes fiquem vinculadas; terceiros que não par-ticiparam não estão vinculados ao pactuado. É o e*feito relativo* do contrato.[20] Sem acordo, anuência do terceiro, não se pode presumir que o contrato lhe confira um ganho. Um contrato que dê vantagem às partes, ao preço de perda imposta a terceiro cria, na leitura econômica, uma externalidade e não um ganho de Pareto. Não se pode presumir que tal contrato represente ganho de bem-estar para a sociedade.

1303 Essa é, em linhas gerais, a estrutura do direito civil tal como articulada pela doutrina jurídica da primeira metade do século XX. Compreende-se que

16. Ghestin 1998, nº 40, p. 28.
17. Ghestin 1998, nº 41, p. 29; 1434 e 1439 C.c.Q.
18. Ver o capítulo sobre o mercado e a concorrência.
19. Ghestin nº 42, p. 29; 1165 CCfr; Baudouin/Jobin nº 455, p. 376; 1440 C.c.Q.
20. Ghestin nº 42, p. 29.

sua lógica se volta para o objetivo de tornar todas as trocas – no sentido eco-nômico – viáveis. Tal objetivo deve ser realizado tendo como pano de fundo as incertezas, eventualidades não perfeitamente previsíveis e a complexidade. Convém estudar em que medida esses fatores podem alterar as previsões fei-tas no momento da contratação e impedir que um contrato produza o ganho antecipado. O contrato não constituiria um ganho de Pareto. O temor de que previsões poderiam ser frustradas levaria a pessoa a tomar precauções e, no limite, a não contratar salvo aquelas operações escolhidas em comunidade muito unida ou com pessoas de reputação bem estabelecida e confiável. En-tretanto, contratos não concluídos com terceiros (fora da comunidade) re-presentam "custo de oportunidade", ganho possível, mas não realizado. A economia de mercado se presta exatamente para alargar o círculo de pessoas com as quais se pode negociar e as circunstâncias nas quais se aceita fazê-lo.[21] O direito pode contribuir para esse alargamento? É o que exploraremos ao examinar os limites dos princípios que foram apontados.

b. *Limites*

1304 Explorar o papel do direito dos contratos na ampliação daqueles viáveis começa pela indagação a respeito das circunstâncias nas quais os contratos concluídos não oferecem garantia de gerarem ganhos de Pareto. Em amplo apanhado na área das obrigações contratuais, Hermalin e coautores se esfor-çam para identificar as grandes categorias dessas circunstâncias. Lembram quatro:[22] externalidades causadas a terceiros; informação assimétrica; poder de mercado; capacidade e racionalidade limitada.

1305 Estão entre elas alguns dos fatores identificados como "imperfeições do mercado", analisadas no capítulo sobre o mercado e a concorrência. Convém lembrar a crítica feita ao conceito: a presença de um desses fatores considera-dos como imperfeição do mercado não justifica por si a intervenção corretiva; É preciso ainda garantir que tal intervenção não gerará custos superiores aos que tenta prevenir.[23]

1. As externalidades

1306 Hermalin e coautores lembram a hipótese de atividade poluente com múltiplas fontes de poluição e milhões de vítimas relevantes.[24] As negocia-ções que deveriam ocorrer entre poluidores e vítimas podem ser caracteriza-das por assimetrias informacionais. A isso os juristas responderão dizendo

21. Schäfer/Ott 2004, 277.
22. Hermalin et al. 2007, § 2.3, p. 24 ss.
23. Sobre o tema, ver também Zerbe/McCurdy 1999, 2000.
24. Hermalin et al. 2007, § 2.3.1, p. 25.

que o corretivo não está exatamente em discutir direitos e obrigações contra-tuais, mas cai na área da responsabilidade extracontratual e nos procedimen-tos inovadores visando a alcançar os ganhos de escala, como a ação coletiva.[25]

1307 A segunda hipótese lembrada por Hermalin e coautores concerne aos contratos de exclusividade celebrados entre um fabricante e muitos varejistas. A rede de contratos formada desencoraja a entrada no mercado e provoca, para os consumidores, perdas típicas dos monopólios. Essas perdas coleti-vas prejudicam o bem-estar de todos. Nos sistemas civilistas recorre-se à no-ção de ordem pública para evitar tais efeitos. Os contratos que dificultam a concorrência (como os cartéis) podem ser declarados nulos por contrários à ordem pública. Frequentes as disposições mais específicas do direito da con-corrência – para a União Europeia, os artigos 81 e 82 do Tratado de Roma,[26] ou as disposições das leis nacionais sobre a concorrência – servem para res-ponder a esse problema.[27]

2. Informação assimétrica

1308 Assimetria informacional e os problemas que gera estão bem ilustrados na imagem do mercado de automóveis usados (*lemons*) tratado por Akerlof.[28] Entre os veículos ofertados pelo vendedor de automóveis usados há alguns de boa qualidade e outros acidentados e mal reparados. Como saber qual é qual? O preço que o comprador estaria disposto a pagar pelo veículo depende disso. Se o comprador não puder distinguir os automóveis, ajustará suas expecta-tivas e, partindo do preço que poderia pagar, oferecerá valor inferior: ele se prepara para receber um *abacaxi*. Resulta daí que os veículos de melhor quali-dade não serão vendidos pelo preço que alcançariam e tenderão a desaparecer do mercado.

1309 Não é, contudo o que se observa. É preciso pensar que os agentes do mer-cado encontram meios para garantir que o comprador tenha a informação ne-cessária para fazer a distinção. A pesquisa deve recair sobre os meios, alguns muito engenhosos, pelos quais a informação é veiculada: recomendações de amigos, marcas de comércio – individuais ou de certificação – reputação do vendedor, garantias, direito de experimentar e desistir, assim como publicida-de, informações sobre os usos, amostras, fotografias, formas de uso, padroni-zação, certificação por órgãos independentes ou acreditação, testemunhos de

25. *Idem* Cooter/Ulen 2004, 220, nº 18 para o direito norte-americano.

26. Tratado de Roma de 1957 (Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia), consoli-dado no Tratado de Amsterdã que modificou o Tratado da União Europeia, os tratados instituindo as comunidades europeias e certos atos conexos, *JO* nº C 340 de 10 novembro de 1997: <http:// eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/11997e/htm/11997e.html#0173010078>.

27. Cooter/Ulen 2004, 221; para a Itália, ver Cooter/Mattei et al. 2006, t. 1, 163.

28. Akerlof 1970.

terceiros ou classificação por especialistas independentes (ex.: guias Michelan para restaurantes), guias de consumo, entre outros mais.[29]

1310 De qualquer modo o problema é geral e afeta bens ou serviços cujas qua-lidades não apareçam por meio de simples inspeção. Desde 1970, Nelson propôs as expressões *experience goods* (bens de experiência), para aqueles cujas qualidades aparecem com o uso, e *credence goods* (bens de confiança) para aqueles cujas qualidades não são observáveis pelo consumidor comum mes-mo através do uso.[30] A maior parte dos serviços profissionais estaria incluída nesta última categoria. Nelson os opõe aos *search goods* (bens de inspeção) que são aqueles cujas qualidades aparecem na inspeção, como as maçãs lembradas no início do capítulo. Para ser preciso, seria necessário usar esses qualificati-vos para cada um dos aspectos de um bem, e mais ainda para o bem inteiro: o estado da carroceria de um automóvel é visível a olho nu, mas o estado da parte mecânica não o é para o consumidor comum.

1311 Quem pretende oferecer um bem ou serviço, cuja qualidade superior não aparece na inspeção, deve se voltar para uma atividade que seja observável pe-los consumidores e que indica esse nível de qualidade – sinal – e cujos forne-cedores de bens ou serviços de qualidade média não possam facilmente imitar, ou apenas poderão fazê-lo a custo proibitivo. Spence, que recorre a essa lógica propõe o termo "*signalling"* para designá-los.[31] No mercado de trabalho, por exemplo, imagina-se que a obtenção de diploma poderia ser *signalling.*

1312 A questão é saber se os agentes farão grande investimento em sinais, sem relação com as qualidades efetivamente úteis (talento para uma atividade, por exemplo), fato que constituiria desperdício. Pode-se, em especial, pensar que haveria inflação na procura por pessoas com diploma universitário.[32] Mas, a teoria aqui, novamente, oferece uma resposta: para ser viável, o custo do *sig-nalling* deve ser recobrado no emprego ou em outro contrato que possa gerar no caso de sucesso. Ora, se o custo do *signalling* for excessivo, o destinatário do sinal pode propor contratos que o evitem. Proporia à pessoa que busca trabalho, por exemplo, um contrato de "experiência" de prazo limitado – o tempo de comprovar, no ambiente de trabalho, a experiência, o real nível de competência. Durante esse período o salário oferecido corresponderia ao mais baixo nível de competência. Se a pessoa se considerar talentosa e comprome-tida, sua remuneração futura compensará – retrospectivamente – o salário menor pago no período de experiência. Esse tipo de prática, adotado pela par-te menos informada, é denominado de *screening* (peneirada), no vocabulário sugerido por Spence, o que corresponde à avaliação seletiva.

29. Mackaay 1982, 156 ss.

30. Nelson 1970 e 1974; Mackaay 1982, 146; a distinção é retomada em Schäfer/Ott 2004, 359.

31. Spence 1973.

32. Boudon 1977, 97 ss.

1313 A assimetria informacional entre as partes pode ser de múltiplas fontes ou origens. Pode decorrer do fato de que um dos contratantes é perito e o outro não, daí resultando que um controla um aspecto ou aparência em que o outro deve confiar; do fato de um ser grande operador que obtém ganhos de escala na aquisição ou tratamento da informação (por exemplo, testar objetos complexos) enquanto o outro é um pequeno jogador; a lacuna em matéria de informação pode, ainda, dificultar que uma parte fiscalize, de forma eficiente, a outra.

1314 Por si, a assimetria não é motivo para preocupação de que o contrato celebrado em tais circunstâncias não possa gerar um ganho de Pareto. Fre-quente a troca contratual ser a busca por um dos contratantes em função das diferenças de conhecimento, de talento ou de valorização. Na vida buscam-se especialistas por conta de seu maior domínio sobre um aspecto ou uma dada área. A assimetria é, então, a razão de ser do contrato.

1315 A assimetria de informação se converte em problema quando a parte mais bem informada consegue se aproveitar dela para modificar, de forma significativa em seu favor – de maneira sub-reptícia – a repartição dos ganhos conjuntos que as partes tinham imaginado obter no momento da conclusão do contrato. Esse comportamento gera uma redistribuição forçada em detri-mento da parte menos bem informada. Trata-se de comportamento oportu-nista, conceito de que foram apresentados muitos exemplos.

1316 De supor que o contratante que tenha noção da assimetria de informação tomará as precauções necessárias para, em consequência disso, modelar o contrato. Os agentes do mercado imaginaram múltiplos ferrolhos e corretivos para evitar os desvios devidos à assimetria. Há que lembrar do custo – de transação – da adoção de tais precauções, mesmo a precaução extrema que é não celebrar o contrato: como vimos há o custo de oportunidade. A questão que emerge é saber se a regulação do contrato permite economizar custos de acidentes de percurso do contrato. Examina-se a questão abaixo.

3. O poder de mercado

1317 Hermalin e coautores lembram, sobre poder de mercado, que permite ao seu detentor atuar como monopolista, quer dizer, reduzir a quantidade ofertada de forma a aumentar o preço que os adquirentes terão de pagar.[33] Há perda de bem-estar porque alguns contratos, que seriam possíveis no mercado concorrencial, não serão concluídos; entre os concluídos, uma par-te relevante do excedente do consumidor é transferida para o produtor, em oposição ao que ocorreria no mercado concorrencial. O conceito de poder de negociação é variação deste poder: quem tem tal poder pode fazer aos

33. Os economistas estão divididos quanto à forma de explicar empiricamente o fenômeno. Ver *Empirical Approaches* 1989.

cocontratantes ofertas do tipo pegar ou largar com os efeitos já apontados. Sob o aspecto do bem-estar coletivo outro efeito nefasto deve ser lembrado: é que as indústrias monopolistas são, em geral, menos inovadoras que as su-jeitas à concorrência, o que gera, de seu turno, perda potencial do bem-estar no sentido dinâmico.

1318 Hermalin e coautores acrescentam que, se o monopolista conhecesse per-feitamente as preferências de seus clientes e entre eles discriminasse preços, a perda de bem-estar seria evitada, nada obstante o excedente do consumidor fosse, ainda assim, transferido para o monopolista. Na verdade, tal discri-minação pode sempre ser imperfeita se a informação à disposição do mo-nopolista for incompleta. A hipótese segundo a qual, conforme a boa lógica coasiana, tendo os adquirentes perfeito conhecimento dos custos de produção do monopolista, as ofertas feitas seriam do tipo pegar ou deixar de vender, pelo preço concorrencial, o que evitava, também, a perda de bem-estar, é hi-pótese acadêmica, dadas as exigências completamente irreais no que concerne à informação que os adquirentes deveriam ter e aos custos de transação asso-ciados à sua ação coletiva. Teme-se perda de bem-estar.

1319 Interessante saber as formas pelas quais o monopólio pode se manifes-tar – o que não foi feito por Hermalin e coautores. O monopólio derivado da localização ou temporário decorre do fato de que uma das partes deve, necessariamente, negociar com a outra, que, por sua vez, tem poder discricio-nário em relação à primeira se ou quando, em regra, não houver dependência recíproca. O monopólio temporário resulta do fato de as prestações contra-tualmente previstas não serem simultâneas, o primeiro a adimplir está, em certa medida, à mercê do outro que deverá executar sua prestação. Segundo caso de assimetria é aquele no qual uma parte aceitou fazer investimentos que não se prestam a outros usos e que podem se converter em perda líquida se o contrato for rompido. Williamson emprega a expressão *asset specificity* (ativo específico) para designar essa situação.[34] A assimetria pode ainda derivar do fato de uma das partes não poder utilizar as instituições existentes a custo razoável, levando em conta seu interesse no contrato, para que seus direitos sejam respeitados recorrendo ao aparelho estatal, enquanto a outra, gran-de agente, o faz sem problema, repartindo esse interesse por muitos casos análogos.

1320 Tal como nos casos de assimetria de informação, o problema aparece quando a parte que detém o poder monopolista dele se serve para modificar, de forma significativa e em seu benefício, a divisão de ganhos conjuntos que as partes, de regra, poderiam esperar obter no momento da conclusão do con-trato. Aí outra forma de oportunismo.

34. Williamson 1985, 52 ss.

4. A capacidade intelectual e a racionalidade limitada

1321 Na concepção clássica, o agente racional não celebra um contrato salvo se visar a algum benefício. Mas, qualquer contrato é melhor do que a não contratação. A expectativa de benefício pode estar baseada em considerações que envolvam incertezas. A teoria pressupõe implicitamente que os agentes tenham alguma percepção correta das probabilidades em jogo e que formem suas expectativas de maneira objetivamente correta.

1322 Se uma ou outra hipótese não for satisfatória, o agente decidirá com base em informações imprecisas e o contrato firmado não gerará, necessariamente, um ganho de Pareto. O agente só se dará conta disso posteriormente, ou seja, no momento em que o contrato for executado.

1323 Pesquisas de psicologia cognitiva mostram que os seres humanos devem lidar com a racionalidade limitada, de que faz parte o recurso à heurística, que sem dúvida permite de forma útil simplificar situações complexas para facilitar as decisões, mas que tende, igualmente, a conduzir a maus resultados numa faixa estreita de situações. De outra forma, os seres humanos têm, em geral, percepção muito otimista do risco de que um acidente de percurso os atinja pessoalmente na comparação com a média da população ("isso só ocor-re com os outros").[35]

1324 Essas distorções não tornam as pessoas a elas sujeitas ineptas para com-preender o que constitui seu interesse pessoal, como são, por hipótese, os incapazes. Apontam para circunstâncias específicas nas quais os agentes ar-riscam-se a ter uma percepção deformada da realidade – notadamente quando se trata de objetos complexos, de acordos de longa duração ou de probabi-lidades muito pequenas[36] – e dessa forma, fazer escolhas de que poderão se arrepender em seguida.

1325 As consequências exatas da racionalidade limitada para a análise econô-mica do direito são objeto de debate. Deve-se tratar como forma de oportu-nismo o fato de tirar proveito da racionalidade limitada do outro contratante e pensar em corretivos jurídicos? Posner entende que a perspectiva de con-sequências lamentáveis serve, exatamente, para estimular os agentes a toma-rem precauções suplementares nas situações em que se sabem sujeitos à sua racionalidade limitada.[37] Não há, além disso, outro papel de proteção ou cor-reção para o direito, em relação à racionalidade limitada, assim como para as assimetrias de informação e poder de mercado? É o que aparece na pergunta sobre a finalidade do direito dos contratos.

35. Ver o capítulo 1 sobre as pessoas que decidem; Eisenberg 2001, 249-256; Frey 1997, ch. 10; Furubotn/Richter 2000, 4; Jolls 2007; Sunstein 2000.

36. Eisenberg 1997, 301.

37. Posner 2001 usa o argumento em resposta aos proponentes da *behavioural law and economics*, cap. 8, p. 252 ss.

2. A FINALIDADE DO DIREITO DOS CONTRATOS

a. *Objetivo central do direito dos contratos*

1326 A questão do objetivo central do direito em matéria contratual remete à pergunta sobre a repartição de tarefas entre contratantes e o direito de origem estatal. Sendo o contrato, em essência, ato de vontade dos contratantes, o pa-pel inicial na implementação do contrato deveria recair sobre eles. O direito estatal supre as circunstâncias, quando se tratar de esclarecer, ou a iniciativa das partes contratantes possa não levar a resultados satisfatórios.

1. O papel das partes contratantes

1327 A teoria econômica prediz que agentes racionais, para minimizar aciden-tes de percurso na celebração e execução de contratos, dada a probabilidade de sua ocorrência, adotarão todas as precauções cujo custo seja inferior ao dos inconvenientes que permitam evitar. Tem-se aqui a lógica exposta em relação à responsabilidade civil extracontratual. Cooter aponta a unidade lógica sub-jacente nos dois campos.[38] A lógica da prevenção de acidentes (de percurso) pode ser expressa de maneira equivalente pela fórmula segundo a qual cada um minimiza o total de custos das precauções sob seu controle e daqueles acidentes de percurso em relação aos quais deve assumir o ônus. Agentes racionais têm interesse em celebrar todos os contratos que lhes prometam ganho líquido, considerando o custo de conclusão que compreende os das precauções adotadas para evitar acidentes de percurso e os dos acidentes de percurso não prevenidos.

1328 De seu ponto de vista individual, cada um visa ao desenvolvimento ótimo do contrato. Fará, por exemplo, pesquisas sobre o prospectivo cocontratan-te e seus produtos, desde que o custo da pesquisa seja inferior ao das sur-presas desagradáveis que possa evitar (dada a probabilidade de ocorrência). Eventualmente o contratante poderá limitar a pesquisa de contrapartes ao círculo de interlocutores sobre os quais tenha informações melhores, ou em que tenha especial confiança (em razão de laços étnicos, por exemplo).[39] Da mesma forma, se a execução do contrato parecer muito incerta, pode insistir para que a contraparte preste garantia – o que, entende-se, representa uma forma de compensação com a redução do custo da incerteza e o ganho do con-trato que não seria celebrado sem a garantia – ou que dê garantias expressas do bom funcionamento do bem objeto do contrato em circunstâncias defini-das. Se todas essas precauções não forem possíveis, ou forem muito custosas, considerando o desafio do contrato visado, resta ao potencial contratante uma

38. Cooter 1985.

39. Landa 1981.

última precaução, que é não celebrar o contrato. O custo (de oportunidade) dessa opção é o ganho líquido que se esperaria do contrato. É preciso entender que a parte que se abstém de contratar avalia que esse ganho seria negativo

1329 A negociação entre as partes permitirá organizar os arranjos para que cada uma delas se sinta protegida contra surpresas desagradáveis e, além dis-so, para repartir as tarefas que cada uma deve executar com custos diferentes, atribuindo-as àquela que puder fazê-lo ao menor custo. O pedido feito à Ama-zon obriga esta a cuidar da expedição: é que, operando em grande escala, pode fazê-lo a custo inferior ao seu.

1330 A negociação pode, ainda, repartir, de forma interessante, o ônus dos riscos, quer dizer, das situações de força maior ou caso fortuito, em que even-to irresistível, imprevisível (não imputável a quem o invoca) e que torna a prestação impossível. Imagine-se a perda de um voo. Segundo a lógica do teo rema de Coase, as partes preferirão imputar os riscos àquela que, ao melhor custo, puder assumi-los (*cheapest cost avoider),* seja porque está em melhor posição para adotar medidas de precaução para evitar o evento, ou reduzir sua gravidade, ou porque pode se garantir a menor custo. O direito estatal se ins-pira em tal acordo hipotético, atribuindo o ônus à parte que pode assumi-lo ao menor custo. Isso explica, por exemplo, por que nos casos de venda, o vendedor que ainda não entregou a coisa vendida assume os riscos, mesmo se no direito francês e de Québec, por efeito da venda, o adquirente se tornar proprietário e o ônus dos riscos, normalmente, recair sobre este:[40] o vendedor que tem posse do objeto vendido está mais bem posicionado para controlar os riscos de perda do que o adquirente que aguarda a entrega, como reconhece, agora, o Código Civil de Québec.[41]

1331 Os meios de que as partes dispõem lhes permitem chegar a um con-trato mutuamente proveitoso. “Um homem que negocia com outro homem deve ser atento e sábio, deve cuidar de seu interesse e obter as informações convenientes, e não negligenciar o que é útil”, segundo a célebre fórmula da Exposição de motivos do Código Civil francês.[42] A perspectiva de outros fu-turos contratos, com a mesma ou outras pessoas, deveria dar às duas partes interesse em adimplir corretamente as respectivas obrigações.

1332 Concebem-se circunstâncias em que o regime de autoproteção deixa espaço para surpresas desagradáveis. Posner lembra o caso do contratante idoso que não tem mais esperança de celebrar muitos contratos no futuro, ou daquele para quem o interesse do contrato supera de longe o que pode-ria ocorrer:[43] esse contratante poderia ser tentado a adotar comportamento

40. 1583 CCfr; 950 C.c.Q.
41. 1456 (2) C.c.Q.
42. Portalis [1801]/1989, 53-54.
43. Posner 2003, 94.

oportunista, se a contraparte não estiver bem posicionada, considerando o objeto do contrato, para antever o golpe. Todavia, como no caso do "mercado de abacaxis", os cocontratantes, acreditando serem vítimas de oportunismo, adaptarão seu comportamento para, em geral, evitar esse tipo de eventuali-dade, o que atrasa o comércio. Pode parecer vantajoso pensar uma regra cor-retiva visando a conter esse oportunismo: aqui a função geral do direito dos contratos.

2. A função geral do direito dos contratos

1333 Possível formular, de maneira ampla, geral, o papel do direito dos con-tratos? Justificar-se-á intervenção corretiva do direito todas as vezes que seu custo seja inferior às economias que gere em relação aos acordos modelados pelas partes. Wittman resume a ideia mediante fórmula lacônica segundo a qual o objetivo do direito dos contratos é "minimizar o total dos custos de modelagem do contrato pelas partes, do de sua interpretação pelos tribunais e dos comportamentos ineficientes resultantes de contratos mal redigidos ou incompletos"[44] (teste de Wittman).

1334 A soma dos três tipos de custos que devem ser minimizados segundo a interpretação proposta na fórmula de Wittman poderia ser denominada de *custo total dos acidentes de percurso no contrato.* São os *custos de transação* associa-dos ao direito das obrigações contratuais.

1335 Dos três custos apontados pelo teste de Wittman, discussão que antecede as decisões individuais dos agentes ressalta o primeiro e o último, a ponto de, na fórmula de Wittman, os termos deverem ser entendidos sob o prisma coletivo, quer dizer, visando ao conjunto de contratos e não apenas cada um deles individualmente. O primeiro termo concerne aos esforços dedicados pe-las partes, individualmente na negociação, para modelar o contrato de forma a obter o melhor arranjo – por exemplo, na alocação de riscos e outros ônus – e para evitar surpresas desagradáveis. O último termo visa ao custo de aciden-tes de percurso que não puderam evitar, quer dizer, aos arranjos escolhidos que, contrariamente às previsões, ao depois, se mostraram não ótimos – por exemplo porque parece muito oneroso determinar qual dentre as partes po-deria suportar melhor o ônus – ou ao custo de surpresas desagradáveis muito onerosas de evitar sendo, pois, necessário suportar, por exemplo, a exploração oportunista de uma lacuna no acordo.

1336 O acréscimo do termo intermediário indica que a intervenção da autori-dade pública vale a pena se reduzir a soma dos três termos, quer dizer, *o custo*

44. Wittman 2006, 194 ("*In a nutshell, the role of contract law is to minimize the cost of the parties wri-ting contracts + the costs of the courts writing contracts + the cost of inefficient behavior arising from poorly written or incomplete contracts*."). ("de forma abreviada, o papel do direito contratual é minimizar o custo de as partes redigirem contratos + os custos de as cortes escreverem contratos + o custo do comportamento ineficiente resultante do contratos mal redigidos ou incompletos").

da intervenção é inferior às economias, que permite fazer nos dois outros termos. Esse teste deve ser aplicado para o *conjunto* de contratantes, mais do que ao contra-to singular, como veremos abaixo.

1337 Considere-se, a título de exemplo, o sistema "público" que permite san-cionar a inexecução de contratos. A inexecução do contrato pode refletir o oportunismo de um contratante em face do outro. Pode, claro, ser sancionada e, dessa forma, desmotivar previamente, por um sistema privado baseado na arbitragem de litígios e por sanções comunitárias (listas negras; exclusão da comunidade etc.). Sob este regime cada parte limitaria suas atividades ao cír-culo de pessoas conhecidas ou contra as quais as sanções comunitárias podem ser eficazes. A existência de um sistema público de sanções se baseia nos ga-nhos possíveis de serem obtidos pelo alargamento do círculo de pessoas com as quais se ousa negociar: os ganhos resultantes de maior número de con-tratos, celebrados graças a um número maior de potenciais cocontratantes, acrescem às economias feitas com a redução de custos de autoproteção que os contratantes se impõem e do sistema de sanção privada, sendo suficiente para compensar o custo fixo do aparelho público e os custos de funcionamento do sistema nos casos em que a ele se recorra. Claro, a existência do sistema público, mesmo sem que ao mesmo se recorra, projeta uma sobra que desen-coraja os contratantes tentados pelo oportunismo.

1338 Tome-se outro exemplo: ao criar regime obrigatório de garantias em ma-téria de venda de produtos industrializados aposta-se, implicitamente, que as economias obtidas em relação à autoproteção e surpresas desagradáveis que sejam evitadas para grande número de contratantes compensam largamente as perdas resultantes de contratos não celebrados, ou celebrados em condi-ções menos vantajosas que algumas partes aceitariam, por conta da inflexibi-lidade da regra.[45]

1339 Parafraseando, pode-se dizer que a norma imperativa que visa a conter o risco do oportunismo permite que grande número de cidadãos reduza o nível de autoproteção que considera ótimo, dadas as considerações lembradas aqui, mas ao preço de um espectro mais estreito de negociação para todas as pes soas, o que afetará, especialmente, aquelas que estariam prontas para assumir maiores riscos em contrapartida a terem condições mais vantajosas, como, por exemplo, preços mais baixos.

1340 Genericamente, a regulação por meio de norma *imperativa* – aquela que as partes não podem derrogar por convenção – justificar-se-ia se a soma dos custos de autoproteção (pesquisa) e riscos não evitados pelos contratantes for significativamente reduzida em relação ao custo de formulação da regra (aí incluídos eventuais efeitos perversos dos processos de decisão coletiva,

45. Claro, podemos nos enganar na avaliação da aposta. Para as garantias, por exemplo, ver Priest 1978, 1981, que considera que a lei impõe mais do que os consumidores realmente necessitam.

explicados pela *Public Choice),* somado ao custo de oportunidade dos acordos proibidos, mais o custo, para todos os contratantes, do risco de uma regra que se mostre, ao depois, inadequada (e que imporia custos à maioria dos contratantes).

1341 No caso de norma *supletiva* a questão é ligeiramente diversa, uma vez que as partes podem derrogá-la, devendo, ao fazê-lo, tomar o cuidado ou se vincular às despesas desse efeito. Tratando de direitos europeus um autor sustentou, recentemente, que de fato as normas qualificadas como supletivas, na maioria dos casos, não conferem total liberdade às partes para que as der-roguem.[46] O teste a ser aplicado seria saber se a norma supletiva se justifica e se a redução da soma de custos de autoproteção (pesquisa) e de riscos não evitados pelos contratantes é maior do que o custo de formulação da norma (aí incluídos eventuais efeitos perversos de procedimentos de decisão coleti-va explicados na *Public Choice),* mais o custo, para todos os contratantes que confiam na regra sem verificá-la ou descartá-la, do risco de uma norma que se mostra, em seguida, inadequada (e que lhes imporá custos).

1342 Qual a relação entre o objetivo geral do direito dos contratos e a plura-lidade de funções especiais que desejamos atribuir-lhe na literatura sobre a análise econômica do direito? É o que se pretende esclarecer.

3. Finalidades especiais do direito dos contratos

1343 Conforme vimos, a norma pública, seja imperativa ou supletiva, não se justifica se não gerar uma vantagem de ganhos de escala em relação às inicia-tivas privadas com a mesma finalidade. Os ganhos de escala parecem plausí-veis para a norma pública em muitos contextos que são, por vezes, invocados na literatura sobre análise econômica do direito, como finalidades especiais do direito dos contratos:

– estimular as pessoas, nas suas interações econômicas, a agirem de for-ma cooperativa e honesta que produza e mantenha efeitos mutuamente benéficos, ao neutralizar a tentação de qualquer um agir de forma opor-tunista ou traiçoeira que realce seu próprio interesse em detrimento do bem-estar comum;[47]

– desencorajar as pessoas a se comportarem de maneira oportunista em relação à contraparte;[48]

– prevenir erros conhecidos mas evitáveis pelas parte dos contratantes;

46. Hesselink 2005.

47. Dixit 2004, 59, que toma a fórmula emprestada ao tratar do conjunto de instituições de "*econo-mia de governança*".

48. De Geest 1995, 98.

– suprir as condições “normais” do contrato na medida em que as ques-tões envolvidas naquele negócio (reduzidas) não justificam se gaste mui-to tempo na modelagem;
– uniformizar as condições dos contratos de forma a reduzir a complexida-de associada à sua conclusão;[49]
– atribuir os riscos a título supletivo, ou, às vezes, imperativo;
– reduzir o custo de eventuais litígios, entre outras medidas, pela obriga-ção de preconstituir provas.[50]

1344 Ao formular normas para alcançar as finalidades apresentadas, o legislador poderá, com frequência, deixar-se guiar pelo que está no seu conteúdo, por princípio geral que mereça ser aqui realçado. A norma legislativa – e também a judicial – serão justificadas se reduzirem o custo do contrato abaixo do que as partes poderiam fazer. Tal redução ocorrerá, com mais frequência, na atribuição do ônus de acidente de percurso àquela das partes que melhor puder influir sobre sua superveniência, ou às duas igualmente, se for impossível escolher. A atribuição do ônus pode resultar do reconhecimento de responsabilidade, mas, também, por impedir a parte de adotar sua opção preferida. Assim, à parte que esperava obter um ganho baseado no erro da outra, retira-se a opção de reque-rer a nulidade do contrato. Ao contrário, para a que comete erro material ao for-mular a oferta de contratar não se admite requeira a nulidade do contrato – sua opção preferida –, o que deveria induzir a que, no futuro, pesasse melhor suas ofertas, como ocorreu com a Dell Computer perante os tribunais canadenses.[51] Esse princípio é identificado pela expressão, empregada desde os anos 1970 por Calabresi, *“cheapest cost avoider.”*[52] Autores sustentaram que isto se aplica a numerosos casos por meio do direito dos contratos.[53]

1345 Em suma, a finalidade do direito das obrigações contratuais, resumida na fórmula de Wittman, é minimizar os custos de transação associados ao con-trato, isto é, o *custo global dos acidentes de percurso do contrato,* ou seja, a soma de três tipos de custos, os de formulação das regras contratuais pelas partes ao negociarem; o das regras contratuais por terceiros, em especial a autoridade pública, mas também de organismos privados ou semipúblicos; e, enfim, os dos acidentes de percurso residuais, que poderiam ter sido evitados e devem ser assumidos.

49. Rowley 1992, 52.

50. Posner 2003, 98; também Cooter/Ulen 2004, 235.

51. *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, (http://www.canlii.org/ fr/ ca/csc/nav/date/2007_07.html) em recursos de 2005 QCCA 570. Gautrais 2005.

52. Calabresi 1970, 139.

53. De Geest et al. 2002; Rasmusen 2004.

1346 Explicou-se o papel das partes e o do direito na modelagem de contratos. A justaposição dessas duas fontes não basta, contudo, para que se tenham contratos que prevejam soluções para todas as eventualidades que podem afetar sua execução: os contratos são, inevitavelmente, incompletos, e seria muito oneroso aperfeiçoá-los ou completá-los. Adiante exploramos em que medida os contratos são incompletos.

b. *A inevitável imperfeição do contrato*

1347 Em que medida, seja por ação das partes, seja por intervenção legislativa ou judicial, dadas as considerações acima, é possível evitar acidentes de per-curso? Para sedimentar as ideias sobre o que sejam acidentes de percurso, Wittman dá como exemplo acordo para a pintura, por jato de tinta e a preço determinado, da casa.[54] O que ocorre se o pintor morrer, se uma nuvem de gafanhotos circular ao redor ou pousar sobre a casa, ou se a legislação impedir a pintura por jateamento? As partes não veem razão para negociar soluções para tais eventualidades: os custos de transação seriam muito altos para as hipóteses em comparação com a probabilidade de que tais eventualidades ocorram, a par das normas supletivas existentes para a maioria delas. Real-mente as partes acordam apenas quanto ao preço, os trabalhos a serem feitos, cores e procedimento.

1348 Logo, se uma dessas eventualidades pouco prováveis ocorrer, e se as partes não se entenderem amigavelmente, um juiz deverá resolver o litígio. Mediante que critérios ele será conduzido, guiado? Os economistas desenvol-veram o conceito de "contrato perfeito" (*complete contract)*[55] para responder à questão. A expressão designa o contrato no qual, por hipótese, as partes, perfeitamente informadas e agindo racionalmente, preveem solução para toda e qualquer eventualidade que possa ocorrer ao longo da execução. Em tais contratos todos os acidentes de percurso teriam sido considerados.

1349 O contrato perfeito não é descrição da realidade, é invenção que serve "*en dégradé*" para imaginar como as partes teriam contratado se tivessem se dado ao trabalho de explicitar seu acordo – o equilíbrio que atingiriam, dado que tal acordo deve ser modelado de forma a dar vantagem a cada uma delas. O juiz deveria, na medida em que pode inspirar-se em tal acordo hipotético para interpretar o contrato, forçosamente incompleto, chegar à solução que minimizaria o *custo total de acidentes de percurso no contrato,* como pretende a fórmula de Wittman.

1350 A fórmula de Wittman permite apreender a lógica das escolhas das partes referentes à celebração de seu acordo. Maior precisão da redação do contrato

54. Wittman 2006, 194.

55. Cooter/Ulen 2004, 218; Schaefer/Ott 2004, 278; Salanié 1997, ch. 6; Bolton/Dewatripont 2005,36 s, 487 s.; Furubotn/Richter 2000, c. 5; Kornhauser 1986, 691; Ogus/Faure 2002, 97; Schwartz 1998, 277-283, Hart 1987; Holtzhauer/Teijl 1995, 92.

concluído – informação adicional – teria permitido esperar redução do risco de surpresas desagradáveis (*custo dos imprevistos).* Porém, ao mesmo tempo, imporia outros custos: primeiro é preciso obter a informação e formular as cláusulas que a prevejam, o que pode obrigar as partes a recorrem ao talento de especialistas regiamente pagos. Ou seja, o fato de considerar eventualida-des pode levar ao fracasso do acordo dadas as especificidades do ser huma-no,[56] esfriando o ardor da contraparte a ponto de fazer as negociações gorarem (*custos de formulação).* Se o acordo for concluído, as cláusulas poderiam, em seguida, ser consideradas menos adequadas às circunstâncias imprevistas do que as partes imaginavam, levando a outros custos (*custos de inadequação).* O nível de detalhe escolhido pelas partes para seu contrato visará a minimizar o total desses três tipos de custos. Como os custos de imprevistos parecem, no caso do contrato para pintura da casa, bastante baixos, o esforço de formula-ção – e, portanto, o custo de inadequação – é bastante restrito.

1351 De concluir, diante do acima exposto, que a *completa* especificação do contrato nunca vale o custo dos incômodos que seriam evitados; os instru-mentos jurídicos são necessariamente incompletos. Se a formulação das nor-mas pelo legislador ou pelo juiz suprir as negociações entre partes por conta dos ganhos de escala disponíveis, também tem limites. Um Código civil in-finitamente detalhado seria, de fato, inviável, mesmo que a título de direito supletivo: os litigantes não se socorreriam dele e seria preciso acreditar que, se com o tempo, suas soluções se mostrassem menos adequadas, impor-se-ia laboriosa alteração legislativa. A lei, como demais disso todo instrumento jurídico, será forçosamente incompleta. Furubotn e Richter propõem para tal fenômeno, por analogia com a ignorância racional,[57] a expressão imperfeição racional (*rational incompletness).*[58]

1352 Todos os contratos são, pois, necessariamente, e em graus variáveis, in-completos. Os contratos de pequena monta ou valor não justificam que as partes envidem grande esforço para precisar seu conteúdo, consideração que explica os traços essenciais do direito do consumo. A fórmula de minimização proposta por Wittman permite entender que haveria circunstâncias nas quais a intervenção legislativa ou jurisprudencial, em função dos ganhos de esca-la, permitiria reduzir o custo total de acidentes de percurso (“regulação”). O legislador teria vantagem comparativa ao precisar normas básicas para o conjunto de contratos concluídos pelos consumidores. A vantagem compara-tiva do legislador na formulação de regras diminui em função dos custos de inadequação, na medida em que voltamos a atenção para relações comerciais

56. Por exemplo, a *heurística disponível* trazida à luz por Tversky e Kahneman. Ver os desenvolvi-mentos sobre a racionalidade limitada no capítulo relativo às pessoas que decidem. Ver o resumo em Frey 1997, 119-120.

57. Conceito apresentado no capítulo 5, sobre o poder da ordem política.

58. Furubotn/Richter 2000, 17; Cooter/Ulen 2004, 211: *rational gaps*.

específicas, ou quando os temas são mais importantes, ou nos casos de con-tratos novos, como, atualmente, os celebrados pela Internet. Diante de tais circunstâncias, é pertinente recorrer aos usos do setor. Há controvérsias sobre os usos serem ou estarem aptos a fornecer respostas a questões pontuais ou inéditas, além das habituais.[59]

1352a. Nota da tradutora Cabe lembrar que o Código Civil Brasileiro de 2002 não reproduziu a regra do art. 131 do Código Comercial de 1850 no que concerne ao completamento de contratos mediante usos e costumes da praça. O legislador não atentou, ao unificar o direito das obrigações, nem para a dinâmica da atividade empresarial nem para a globalização da economia com a "importação" ou *piggy backing* de modelos negociais, para os custos de tran-sação derivados de interpretação hexógena, muitas vezes literal, dos contratos empresariais.

1353 A regulação do contrato pelo juiz é conhecida como o problema da in-terpretação de contratos. Tem limites dada a dificuldade de acesso às infor-mações específicas sobre o acordo entre partes para a corte. A constrição da informação foi lembrada de maneira geral há mais de meio século por Hayek, como limite ao desejo de planificar a economia.[60] Segundo alguns, os juízes deveriam, no caso de contratos comerciais, privilegiar a interpretação literal dos termos do contrato, o que imporia às partes precisar sua relação, vez que mais aptas a fazê-lo.[61] Restam circunstâncias em que, caracterizado o oportu-nismo de uma das partes, estaria justificada a intervenção judicial.

1354 O combate ao oportunismo é um dos princípios estruturantes do direito dos contratos. Parece haver dois outros: a atribuição de riscos e o paternalis-mo legal. Examinaremos, em etapas, esses três princípios gerais de regulação contratual.

c. O oportunismo, a boa-fé, a confiança e a informação dos contratantes

1. Oportunismo

1355 O conceito de oportunismo foi apresentado no capítulo sobre o teorema da Coase. Trata-se do comportamento de um dos contratantes que, por astú-cia ou força, tenta obter para si vantagem na repartição dos ganhos conjuntos do contrato, em detrimento do outro contratante – as quase-rendas, segun-do vocabulário do economista – que cada parte considerara quando da sua conclusão.

59. Ver Bernstein 1999; Macaulay 2000; Scott 2000; Kostrinsky 2006.

60. Hayek 1945.

61. Scott 2000.

1356 Da modificação da repartição de ganhos do contrato decorre não se atin-gir, necessariamente, a situação em que cada parte aufere o ganho esperado; se uma das partes sofre perda – e não apenas um ganho menor – o contrato não refletirá um ganho de Pareto, e não se pode mais garantir que tal "tro-ca" leve ao avanço do bem-estar social. A ação oportunista, tentadora para a pessoa em caso isolado, perturba o interesse geral.[62] Pensando no dilema do prisioneiro, é como a defecção individual que priva os jogadores de um ganho de Pareto oriundo da cooperação de longo prazo.

1357 A parte vítima de ato oportunista lamenta ter celebrado o acordo. A lásti-ma, por antecipação, lança sombra sobre sua decisão e as de outras pessoas na mesma situação, quanto a se vincular contratualmente. Cada um, crendo ser eventualmente vítima de oportunismo, adotará ações preventivas visando a evitar ser espoliado de sua justa parte. Agindo racionalmente cada um adotará toda medida preventiva cujo custo, para si, seja inferior à redução do custo do risco criado, e buscará precisar melhor a relação a fim de empurrar a possibi-lidade de a lacuna ser explorada de maneira oportunista; no limite, pode abs-ter-se de contratar. Em resposta a tais precauções os potenciais oportunistas aumentam sua sutileza, o que, por seu turno, exige fiscalização mais intensa pelas eventuais vítimas. Tudo isso leva ao aumento dos custos de transação e, portanto, à redução das trocas.

1358 O cálculo da autoproteção se impõe, quer para a vítima de comporta-mento estratégico (assimetria de poder), ou de comportamento oportunista (assimetria de informação), razão pela qual a maior parte dos autores usa as expressões uma pela outra. É preciso admitir que os meios pelos quais é possível conter um ou outro desses tipos de comportamentos podem ser bastante diferentes. Em qualquer hipótese as precauções aumentam os custos associados ao contrato – custos de transação – e podem impedir a conclusão de certos contratos que, em princípio, seriam vantajosos.

1359 Para quem duvida da importância de comportamentos estratégicos, lem-bra-se observação de Cooter há um quarto de século.

1360 "O divórcio é outro exemplo [de comportamento estratégico]. Uma de nossas pesquisas em curso mostra que 15% a 20% dos divórcios envolvendo crianças são decididos em processos. Nossa pesquisa mostra que isso é fácil de predizer. Difícil é explicar por que as diferenças entre partes, cuja solução processual é previsível, não são amigavelmente compostas, se os custos de transação e otimismo, mais do que a negociação estratégica, eram as causas do processo."[63]

62. Dixit 2004, 1: "Williamson (1979, 1985) has coined the term 'opportunism' for this whole class of actions that tempt individuals but hurt the group as a whole". "Williamson (1979, 1985) empregou o termo 'oportunismo' para toda uma classe de ações que tentam a pessoa mas causam dano ao grupo como um todo."

63. Cooter et al. 1982, 243 (tradução nossa).

1361 O oportunismo pode estar revestido de muitas formas. As variantes de-pendem do interesse das pessoas.[64] Cada avanço importante das técnicas de comunicação – ultimamente a Internet – traz novas possibilidades de oportu-nismo. Para conter tal diversidade, é preciso um arsenal muito diversificado de potenciais respostas, desenvolvidas na medida do aparecimento de novas formas de oportunismo. No que segue sustentaremos que a tutela da boa-fé contratual é ferramenta genérica para conter o oportunismo. A generalidade do próprio conceito oferece risco de arbitrariedade judicial, motivo pelo qual foi, progressivamente, materializada em conjunto de noções jurídicas mais específicas mediante testes específicos.

2. A boa-fé

1362 A noção de boa-fé é empregada em vários sentidos no discurso jurídico.[65] A primeira aparece no capítulo sobre o direito das coisas, quando se refere ao cuidado na verificação da validade de um título que se mostra, em seguida, viciado. É o caso, por exemplo, do possuidor de boa-fé no que diz respeito à prescrição ou do adquirente de boa-fé de bem furtado.

1363 No direito dos contratos, a boa-fé tem sentido diferente, usualmente de-signada com o termo *lealdade.* Esse sentido está presente, no uso francês, nas expressões como "*surpreender a boa-fé de alguém*" ou "*abusar da boa-fé de alguém*".

1364 A boa-fé é conceito central subjacente ao direito privado. Os *Princípios do Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais,* adotados em 1994, enun-ciam, no artigo 1.7, parágrafo primeiro, que "as partes devem agir segundo as exigências da boa-fé no comércio internacional".[66] Pesquisa feita por Litvinoff mostra que a noção de boa-fé ocupa posição similar em todo um conjunto de direitos nacionais.[67] Garantindo de diversas maneiras a conformidade dos ar-ranjos contratuais às exigências da boa-fé, o direito combate o oportunismo. O direito dos contratos poderia ser resumido, no essencial, pela função de garantir a boa-fé entre as partes!

1364a. Nota da tradutora Talvez a explicação sirva ao se interpretarem os artigos 110 a 112 do Código Civil Brasileiro. O primeiro afasta, como fonte de nulidade da declaração a reserva mental, exceto se conhecida do desti-natário; o 111 se reporta a silêncio sempre que autorizado pelos usos não sendo imposta a declaração expressa de vontade; e o 112 dá preferência às intenções consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem. Claro que

64. Jamet-Le Gac 2002, texto da nota 244.

65. Ver Mackaay et al. 2003.

66. O texto está nos endereços: <http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.contract.principles.1994/ doc.html>; <http://www.unidroit.org/french/principles/contents.htm>. Ver também Crépeau/ Charpentier 1998.

67. Litvinoff 1997; ver ainda Cordero Moss 2007.

ambiguidades interpretativas são possíveis. Porém, o art. 113 é o que melhor espelha a importância da boa-fé, a saber, recorre-se a este princípio ou a esta instituição na interpretação dos negócios jurídicos, associando-o aos usos e costumes do lugar de celebração.

1365 A doutrina civilista tende a ver a boa-fé como princípio geral.[68] Define por esse termo "uma regra geral de conteúdo impreciso cuja função é reunir certo número de outras normas",[69] que são suas aplicações concretas. O princípio geral daria aos juízes grande margem de discricionariedade e criaria muita incerteza para os contratantes. Por tal razão, era preciso "institucionalizar" a noção. A boa-fé, como noção geral, foi cristalizada em várias instituições mais específicas para as quais foram desenvolvidos regimes específicos.[70]

1366 Fácil perceber as múltiplas aplicações da boa-fé, cabendo aos tribunais definir e precisá-las;[71] obrigação de negociar de boa-fé; obrigação de confiden-cialidade nas negociações pré-contratuais; obrigação de lealdade na execução do contrato;[72] dever fiduciário dos administradores de empresas; obrigação de informação antes e durante o contrato; obrigação de cooperação e lealdade com a contraparte para a boa execução do contrato, em especial o de man-dato,[73] e na própria definição do contrato de sociedade,[74] o mandatário deve evitar qualquer conflito com os interesses do mandante;[75] o dever de lealda-de, no direito de Québec, está previsto para o assalariado, o administrador de bens de terceiros e o mandatário.[76] Outras aplicações da noção de boa-fé estão no dolo e no erro; em relação ao dolo, o silêncio e a reticência podem

68. Ou muito mais. Hesselink 1998, 288-289 resume sua pesquisa da seguinte forma: "*Good faith is said to be a norm, a (very important) principle, a rule, a maxim, a duty, a rule or standard for conduct, a source of unwritten law, a general clause. To an English lawyer– often accused by his continental European colleagues of making inconsistent use of terminology – this may seem rather confusing*". Boa-fé é entendida como uma norma (muito importante), um princípio, uma regra, máxima, um dever, uma norma ou padrão de conduta; uma fonte de lei não escrita, uma cláusula geral. Para um advogado inglês
– muitas vezes acusado pelos colegas europeus, de fazer uso inconsistente da terminologias – isso pode parecer confuso

69. Jaluzot 2001, nº 687, p. 187.

70. Por exemplo, Cordeiro 1996, 240 ss.; Schoordijk 2003, 42 (tradução): "la bonne foi constitue et en Allemagne, et au Pays-Bas le moteur da la formation du nouveau droit". "a boa-fé constitui na Alemanha e nos Países-Baixos motor da formação de um novo direito".

71. Para lista detalhada de aplicações, tanto em direito civil quanto na *common law*: Whittaker/ Zimmerman 2000, 676; Cordero Moss 2007, 9 ilustra que por tais doutrinas concretas o juiz inglês chega, em geral, aos resultados similares.

72. Jamet-Le Gac 2002, texto às notas 128-130.

73. Art. 2149 C.c.Q.; o Código francês não tem dispositivo correspondente.

74. Art. 2186 C.c.Q.; art. 1832 CCfr emprega o termo "empresa comum".

75. Art. 2138 C.c.Q.; o Código francês não tem dispositivo correspondente.

76. Arts. 2088, 2138, 1309 e 2238 C.c.Q.; o Código Civil francês não tem termos comparáveis.

ser assemelhados à mentira.[77] Para alguns, o conceito de vícios ocultos,[78] as-sim como o caso especial de lesão qualificada,[79] são aplicação do princípio da boa-fé.[80]

1367 É preciso encontrar, no regime desses conceitos, as características gerais da noção de boa-fé das quais emanaram, fato que fez alguns afirmarem que a boa-fé *irriga* o direito privado.[81] A própria noção não seria invocada dire-tamente como argumento principal salvo excepcionalmente e como último recurso, para fundar a resposta a uma iniquidade que um instituto específico não permitiria corrigir.[82]

1368 No direito de Québec, o codificador desejou que esse princípio governas-se o nascimento de obrigações, sua execução e extinção, como testemunham as fórmulas gerais empregadas nos artigos 6,7 e 1.375.[83] No direito francês, o dispositivo base é o artigo 1.134 do Código Civil, que prevê que as conven-ções "devem ser executadas de boa-fé" e levou a uma doutrina impositiva.[84] Algumas decisões da Suprema Corte do Canadá vieram reforçar esta leitura da boa-fé como princípio do direito civil.[85]

1368a. Nota da tradutora Destacam-se, no direito brasileiro, os artigos 422 e 423. O primeiro exige respeito aos princípios da probidade e boa-fé na con-clusão e na execução do contrato; o seguinte trata de cláusulas ambíguas ou contraditórias, determinando que se adote a interpretação mais favorável ao aderente. Pressuposto, nesse caso, é que a negociação do clausulado contra-tual seja inviável.

1369 Qual o papel da boa-fé na constelação de instituições especiais que têm regime próprio? Volumosa doutrina debruçou-se sobre a questão, que aparece sob ótica comparatista.[86] A boa-fé tem, globalmente, papel complementar. Na fase pré-contratual é invocada para delimitar a liberdade de interromper as

77. Art. 1401, al. 2 C.c.Q.; no direito francês, essa regra resulta de desenvolvimentos jurispruden-ciais, o texto do art. 1116 não trata dela.

78. Art. 1726 ss. C.c.Q.; 1641 ss. CCfr.

79. Rolland 1996, 1999.

80. Whittaker/Zimmerman 2000, 676.

81. A literatura jurídica sobre a boa-fé está mais longamente analisada em Mackaay et al. 2003.

82. Sobre tal uso da boa-fé, dando ao juiz o poder de modelar novas regras (*Ermächtigungsfunktion*), ver Hesselink 1998, 309.

83. Jobin 2000, 53.

84. Para resumo desta literatura, ver entre outros Jamet-Le Gac 2002 e Jaluzot 2001.

85. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Houle c. Banque Nationale du Canada*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

86. Por exemplo, em Québec, Lefèbvre 1996, 1998; Rolland 1996. Em direito comparado, ver em especial Travaux Capitant 1992; Van Ommeslaghe 1987; Raniéri 1988.

negociações.[87] Está subjacente na obrigação de informação sob dois de seus aspectos: o dever de informar a contraparte e o dever de se informar e, na fase pré-contratual, as obrigações de aconselhamento e confidencialidade.[88] Na formação do contrato, a força obrigatória da oferta é analisada como resul-tante da boa-fé.[89] Na execução do contrato a boa-fé é utilizada para completar o contrato, mas tem, também, função de modulação e papel de adaptação e interpretação.

1370 Convém determinar os contornos que a doutrina jurídica dá a essa no-ção que aparece em tantos espaços. Pode-se concordar com Ripert que o apelo à boa-fé tende a moralizar o direito civil,[90] mas esta consideração não permite operacionalizá-la. Para melhor circunscrevê-la a doutrina recorre a termos como "lealdade",[91] "honestidade", "integridade",[92] "fidelidade", "jus-tiça", "veracidade", "comportamento leal", "fonte de cooperação", "ausência de má vontade", "ausência de má intenção",[93] que correspondem aos termos que encontramos em inglês: "*conduct, reasonable standards of fair dealing, de-cency, reasonableness, decent behavior, a common ethical sense, a spirit of solidari-ty, community standards of fairness and (honesty in fact)*";[94] a ausência de boa-fé sinaliza comportamento "culpável", "chocante", "não razoável"[95] em inglês "*unconscionable".*[96]

1371 No antigo direito francês, "[a boa-fé] supõe que o consentimento seja vá-lido, que as partes se abstenham de qualquer traição, violência, desonestida-de, fraude, mas, também, que seja plausível e razoável, ou seja, que o contrato não fira nem o direito divino, nem os bons costumes, nem sequer o "ganho comum".[97] Isto constitui comportamento leal em circunstâncias específicas, determinadas, podendo ser resultado de práticas comerciais ou outras, ou pelos usos. O Código Civil holandês dispõe, em seu artigo 3-12, que "ao de-terminar o que exigem a razão e a equidade, devem-se levar em conta os prin-cípios de direito geralmente reconhecidos, as concepções do direito adotadas

87. Ver Loussouarn 1992, 15.
88. Id.
89. Cordeiro 1996, 240.
90. Ripert 1949, 291; Whittaker/Zimmerman 2000, 677.
91. Charpentier 1996, 305.
92. Pineau/Gaudet 2001, 35.
93. Cornu 2000, Vº Bonne foi.
94. Keily 1999, 17-18.
95. Id., 44.
96. Id., 17.
97. Ourliac/de Malafosse 1969, 83, nº 67, citado por Charpentier 1996, 316.

pelas cortes nos Países Baixos, assim como os interesses sociais e pessoais em questão".[98]

1372 Lefèbvre, na conclusão de sua tese, sustenta que a noção de boa-fé deve ser analisada "em função de critérios mais objetivos que não estejam ligados unicamente ao indivíduo mas que levem em conta, também, os valores da sociedade".[99] De sua parte, Jaluzot, também em tese, vê nos contratos de lon-ga duração ou *relacionais*[100] área de predileção para aplicar a noção de boa-fé: os contratos do Código são essencialmente concebidos sobre o modelo da troca instantânea (de execução imediata) e pressupõem, em princípio, que a expressão inicial do consentimento englobe o conjunto da operação. Em relação que deve durar, a evolução das circunstâncias pode requerer ajustes no curso do contrato; necessita de ferramenta de adaptação que deixe intacto o equilíbrio inicialmente visado. "[As] partes estão ligadas pela confiança que fizeram nascer, não apenas pelo que se prometem, mas, sobretudo, por sua atitude durante a relação contratual. Isto permite forçar, coagir as partes com base em elementos supervenientes ao longo da execução do contra-to e não apenas durante sua formação."[101] Quanto ao conteúdo da noção, Jaluzot conclui que, segundo o uso atual "[na] não tendo a boa-fé na reali-dade qualquer conteúdo objetivamente determinável, isto pode servir para justificar toda norma do direito dos contratos e até fora do campo do direito dos contratos".[102]

1373 Todas essas fórmulas, embora sejam intuitivamente plausíveis, nada mais são do que tradução de um termo geral para outros termos gerais. Uma fórmula que parece melhor para traduzi-lo em testes operacionais é a que pretende "que não se leve vantagem da inexperiência ou vulnerabilidade de outrem, para impor-lhe condições draconianas, para lhe subtrair vantagens que não correspondam ao que lhe damos".[103] Quem adota tal comportamento agirá de má-fé e, em leitura econômica, de maneira oportunista. Age-se de boa-fé abstendo-se de tirar proveito das vulnerabilidades da outra parte.[104]

1374 Em artigo anterior propusemos um teste em três tempos para determi-nar se um ato será sancionado como entrave à boa-fé: deve estar presente

98. Haanappel/Mackaay 1990.

99. Lefebvre 1998, 258.

100. Sobre o termo, ver por exemplo Macneil 1974, 1985; Schanze 1993; Goldberg 1998.

101. Jaluzot 2001, 534.

102. Id., 539.

103. Pineau/Gaudet 2001, 44.

104. Ver Posner 2003, 95: "*Good-faith performance – which means in this context not trying to take ad-vantage of the vulnerabilities created by the sequential character of contractual performance*". "execução de boa-fé – que significa, neste contexto não tentar tirar vantagem das vulnerabilidades criadas pela natureza sequencial da execução do contrato".

"assimetria entre as partes, da qual a parte mais bem posicionada obtém pro-veito à expensa da outra de forma significativa, quer dizer, que ultrapassa certo nível de gravidade".[105] O fato de tirar proveito de outrem constitui opor-tunismo: trata-se de uma redistribuição dos ganhos conjuntos dos contratan-tes. O oportunismo só é possível por conta da assimetria entre as partes, seja no plano da informação – o truque, na terminologia aqui empregada – seja por monopólio situacional ou temporal ou uma falha no poder de negociação – a força. Toda forma de oportunismo não justifica, porém, intervenção estatal na relação contratual. O teste proposto para decidir a respeito é o de Wittman: *as economias feitas mediante rebaixamento do nível de autoproteção que as partes con-tratantes escolhem ao confiarem na norma estatal permitindo sancionar a falta de boa-fé devem mais do que compensar o custo da formulação da norma (aí incluído o risco de erro) acrescido daquele de contratos não celebrados, ou celebrados em condições menos vantajosas em razão da existência da norma.* Em relação a formas menos importantes de oportunismo as partes podem, entre elas, "abrir os olhos". As economias no campo da autoproteção que poderiam gerar a sanção estatal não seriam, aqui, relevantes, e a intervenção não se justificaria considerando os entraves ao comércio daí decorrentes. É o que explica o terceiro elemento: ultrapassar certo limite de gravidade

1375 Em resumo, a leitura da boa-fé aqui proposta corresponde à ausência de oportunismo.[106] As noções de oportunismo e de boa-fé auxiliam a esclarecer um terceiro conceito, que é o da confiança, considerada, a justo título, como elemento fundante da economia de mercado.

3. A confiança e a informação dos contratantes[107]

1376 Em linguagem coloquial diz-se *ter confiança* em alguém ou *confiar;* este *inspira confiança;* se não agir dessa forma nós o censuramos por *trair a confiança* de alguém, como diríamos no contexto da subseção precedente, que trai a

105. Mackaay et al. 2003, 438 ss.

106. Em direito alemão, a noção de boa-fé parece ter sentido mais amplo. Imaginemos, a título de exemplo, que, em uma transação comercial, um fornecedor entregue um produto defeituoso, o que causa interrupção da produção do adquirente. O adquirente pode reclamar as perdas resultantes de tal interrupção? A Suprema Corte alemã admitiu tal possibilidade depois de cerca de um século, ao adotar a doutrina da *positive Verlagsverletzung* (atentado positivo ao contrato) considerado fun-dado no princípio da boa-fé (*Treu und Glauben*). Segundo essa doutrina, o vendedor é responsável não apenas pela execução da sua prestação de entregar a coisa vendida, mas ainda de um conjunto de outros atos que decorrem do contrato. Sem tal doutrina, o direito alemão relativo à venda não admitiria – por exemplo – a indenização de danos indiretos. A reforma de 2002 introduziu esta regra no Código Civil alemão (*Communication personnelle de Hans-Bernd Schaefer –16 avril 2007*). Para tornar esta leitura da boa-fé compatível com aquela proposta aqui, seria necessário compreender que o vendedor que se abstém de tais atos complementares privaria o adquirente de uma parte das vantagens esperadas e agiria de forma oportunista.

107. Ver em mais detalhe Vallée/Mackaay 2006.

boa-fé de alguém. Em sentido um pouco diferente, pode-se ter confiança em que o arquiteto ao qual propomos um contrato para elaborar um projeto de construção de uma casa entregará algo original que nos agradará. E ainda, em outro sentido, um observador experiente poderá predizer com confiança, apesar das nuvens ameaçadoras, que não haverá tempestade.

1377 O que une esses usos é que a confiança permite economizar precauções que seríamos levados a adotar se ela não existisse, seguindo a lógica do cál-culo racional diante de risco que examinamos atrás. A confiança desempenha importante papel na economia de mercado. Enquanto os agentes econômicos confiam reciprocamente uns nos outros, mais contratos serão concluídos e mais ganhos recíprocos resultarão entre desconhecidos do que se assim não fosse. O bem-estar coletivo aumenta se há melhora da confiança recíproca.

1378 A pergunta que se deve responder é como estimular a confiança. A ques-tão tem todo interesse no caso de mercado emergente como o do comércio eletrônico, pois se recorre à falta de confiança, em geral, para explicar as difi-culdades nele existentes.

1379 Na leitura aqui proposta a confiança nada tem de irracional.[108] Ao con-trário, a confiança consiste na utilização racional da informação para ajustar o comportamento. Para entender, lembremo-nos de que cada um busca evitar surpresas desagradáveis, mas que as precauções para preveni-las são onero-sas, têm custos. A pessoa confiante dispõe de informações que lhe permitem avaliar, com menor custo, a probabilidade de evento danoso ou a perda que o risco, se ocorrer, lhe imporá. Pode, então, reduzir, racionalmente, o nível óti-mo de precauções a adotar em comparação com situação em que se vê diante do desconhecido. Na linguagem aqui empregada, a confiança reduz custos de transação.

1380 Os eventos danosos considerados podem ter diferentes naturezas. No primeiro exemplo, trata-se do risco de atos oportunistas por uma das partes contrantes; no segundo, a confiança recai sobre a qualidade do projeto pro-posto pelo arquiteto e descarta a hipótese de desenho inaceitável que seria de-volvido. A confiança de que a tempestade passará, em terceiro lugar, se refere à incidência de fenômeno natural e permite economizar nas precauções que se tomariam em função da tempestade. No campo das obrigações contratuais são, sobretudo, os dois primeiros sentidos que interessam.

1381 A confiança em um interlocutor, no primeiro sentido, é a crença de que não é preciso temer atos oportunistas de sua parte – em outras palavras, que agirá de boa-fé. A confiança permite ao agente reduzir o nível de autoproteção em relação ao que seria adequado se os interlocutores fossem desconhecidos.

108. É notadamente o sociólogo norte-americano Coleman (1990a, 91-116) que insistiu nessa característica. Ver ainda Boudon 2006, 289-321 (*Racionalidade e senso comum*).

Permite reduzir custos de transação e, portanto, aumentar o número de con-tratos celebrados.

1382 A confiança no arquiteto – segundo exemplo – exprime crença que per-mite avaliar seus serviços por valor justo. É meio de evitar o “mercado de abacaxis”, em que produtos e serviços de qualidade superior não seriam ofer-tados por conta da falta de meios para que os consumidores os distingam em qualidade, fazendo com que fiquem apenas os mercadores de bens de quali-dade média.[109]

• A informação: fonte da confiança

1383 A confiança nos dois sentidos está baseada em informações que permi-tem distinguir as qualidades particulares de um interlocutor ou produto entre o conjunto de pessoas ou produtos comparáveis. Devemos focar por alguns instantes sobre a natureza dessas informações.

1384 A informação de que o agente pode se utilizar bem para determinar o nível de confiança em relação a um contrato visado, e mesmo a oportunidade de concluí-lo, recai sobre dois aspectos. De início quer ter informações sobre o interlocutor para avaliar sua honestidade, confiabilidade, competência; em seguida quer ser informado sobre o objeto da operação: qualidade do produ-to, acessórios, disponibilidade, comparabilidade, características físicas, pro-cessos de operação e recurso em caso de disputas, serviço à clientela, data de entrega, manutenção etc.; e, por fim, deseja conhecer as modalidades de pagamento.

1385 As informações podem provir de três fontes: a pesquisa feita pelo agente; o interlocutor; terceiros, pessoas físicas ou organismos públicos ou privados.[110]

• A informação adquirida diretamente pelo interessado

1386 A procura por informação pelo interessado é, sem dúvida, a forma resi dual de obtenção de informação. Na maior parte das escolhas que fazemos, reunimos, nós mesmos, a informação necessária. Monitoramos as pessoas com as quais nos envolvemos para executar alguma tarefa a fim de garantir o nível da prestação e a não prática de formas de “carona” ou outros comporta-mentos oportunistas. A reputação de um fornecedor e a boa experiência que tivemos com ele em várias interações (relações de longa duração – *repeated dealing)* são informações às quais o interessado tem acesso.

1387 A obtenção de informações pelo interessado tem limites e inconvenientes que se agravam à medida que os bens e serviços, na atualidade, se tornam mais técnicos e complexos. Algumas pessoas têm vantagem comparativa no

109. Akerlof 1970. Ver o capítulo sobre o risco e o seguro.

110. Ver Mackaay 1982, p. 148 ss.

acesso às informações pertinentes, seja por força de seu conhecimento, seja em razão de ganhos de escala por sua compilação ou criação. Sendo a econo-mia de mercado impulsionada para a especialização, torna-se vantajoso ad-quirir informações junto às pessoas que podem produzi-las a custo melhor do que nós. Mas essa estratégia sofre em virtude da dificuldade de confiar na in-formação. O fabricante de um bem complexo, em razão dos ganhos de escala, tem acesso vantajoso a informações referentes a seu produto, mas, também, tem interesse em disponibilizar o que lhe convém, o que é bom para ele, quer dizer, o que estimula, leva à venda do produto.

1388 Pode-se supor que terceiros não fiquem prisioneiros desse tipo de con-flito de interesses. A dificuldade tem a ver com quem financia a obtenção da informação. Se a informação for vendida a alguns clientes, por que outros pagariam para tê-la, uma vez que aqueles primeiros poderiam oferecê-la sem ônus? Esse é o problema da natureza de bem coletivo da informação. Tende a tornar a produção da informação rentável e leva seu produtor a um financia-mento que poderia viezar a informação fornecida. Se o fornecedor da informa-ção for financiado pelos agentes aos quais a fornece, como garantir que certos clientes não paguem prêmios para que seu produto pareça aprimorado?

• A informação fornecida pelo interlocutor

1389 Os agentes do mercado desenvolveram diferentes fórmulas para superar essas dificuldades. Os fornecedores de produtos ou serviços têm interesse em desenvolver índices que sejam facilmente perceptíveis pelos clientes, que si-nalizam certo nível de qualidade e não podem ser facilmente imitados por pro-dutores de bens ou serviços de qualidade média. Como vimos anteriormente, o termo *signalling* designa o conjunto dessas práticas.[111] Pode-se considerar a reputação como forma de *signalling*, ou o *good will* do fornecedor, resultado de atos e práticas tendentes a estabelecer a confiabilidade do fornecedor e a boa qualidade de seu produto.

1390 No mercado de trabalho, diplomas, universitários ou outros, podem ser-vir como sinais. A ampliação das garantias dos produtos fabricados ou uma generosa opção de cancelamento ou desistência, de poder resilir do contra-to durante certo período (uma semana, um mês, vários meses) sem motivo, podem ter o mesmo efeito, sendo a adoção de tais práticas (muito) custosa em relação a produtos de qualidade média. O direito suporta o *signalling* por meio das marcas de comércio, de que tratamos no capítulo da propriedade intelectual. O titular da marca é o único que pode autorizar sua utilização. Se conseguir associar sua marca a certo nível de qualidade, desenvolveu, nesse sentido, um sinal.

111. Spence 1973.

1391 Fornecedores de bens e serviços disponibilizam informações sob a forma de publicidade. Em parte as informações prestadas concernem às qualidades efetivas do bem – sua capacidade para contribuir para o prestígio social ou felicidade do adquirente. Dissemos que tais informações são vento (*puffing),* mas é preciso lembrar que o destinatário interessado deve compreender as coisas nesse plano. Se compra pelo prestígio ou felicidade, com que direito discutiríamos esse valor subjetivo e a informação que o movem? A publicida-de pode recair sobre propriedades "objetivas" do bem – certo efeito medicinal, adequação para tal tipo de atividade industrial, domiciliar ou esportiva, resis-tência a certo tipo de procedimento, ou consumo de energia etc.

1392 A confiabilidade dessa informação é, em parte, garantida pela publicidade – eventualmente comparativa – feita pelos concorrentes, em parte pela pos-sibilidade de demandas em caso de publicidade enganosa. O fato de prestar informações sob forma padronizada facilita a tarefa dos agentes em busca de informação. A padronização ou a adoção de padrões pode resultar de as-sociações de mercadores ou de autoridade pública, ou ainda, de colaboração entre eles.

1393 As disposições em matéria de publicidade enganosa devem ser justi-ficadas pela fórmula de Wittman, se as economias feitas pela maioria dos consumidores para a autoproteção compensarem, enquanto contratos mais vantajosos teriam podido ser concluídos pelos contratantes aptos a fiscalizar seu próprio interesse.

• A informação obtida junto a terceiros

1394 Grande número de informações úteis para os agentes do mercado provém de terceiros ou com a colaboração de terceiros. É o mercado da informação. Os terceiros podem avaliar diretamente diferentes ou distintos fornecedores. É o que faz o *Guide Michelin* para restaurantes, e em versão menos prestigiada, diferentes meios de comunicação trazem avaliações de produtos destinados aos consumidores; é, igualmente, o que fazem as agências de avaliação ou acreditação (*rating agencies)* nos mercados financeiros que atribuem notas de credibilidade a obrigações emitidas por organismos privados e públicos. A confiabilidade é garantida pela reputação das empresas. Importa notar que as pessoas e empresas avaliadas têm, no conjunto, interesse em manter o processo, mesmo se, porventura, as avaliações forem menos favoráveis do que as desejadas. Na falta de avaliações, quem tem dinheiro para aplicar teria dificuldade para discernir o risco ao qual sua aplicação ficaria exposta e, em consequência, exigiria prêmio de risco mais elevado ou aplicaria os recursos em outra instituição ou local. Globalmente isso diminuiria a disponibilidade de crédito.

1395 A informação prestada por terceiros pode vir sob a forma de certifica-ção: a afirmação baseada em exame ou inspeção de que um agente ou pro-duto se conformam com as normas preestabelecidas. As normas em matéria

industrial estabelecidas por organizações como a AFNOR, na França, ou a CSA, da Associação Canadense de Normalização, no Canadá, têm essa na-tureza. O mesmo se dá com a acreditação de sítios de vendas pela Internet conforme, por exemplo, TrustE,[112] L@belsite,[113] Webtrader,[114] Webtrust,[115] Isaca[116] e BBB Online,[117] ou de títulos profissionais nas disciplinas universi-tárias, por exemplo. Na Internet encontra-se, usualmente, série de avaliações de consumidores, cuja forma foi padronizada mediante asteriscos; às vezes aparecem nos *sites* dos fornecedores de produtos. A confiabilidade dessas ava-liações, tal como é, emana do seu nome e da sua diversificada origem (sem seleção).

1396 De forma ligeiramente disfarçada, a certificação está presente nos estabe-lecimentos de departamentos. Esses estabelecimentos, como a Baie ou a Sears no Canadá, vendem produtos de fabricação própria e de terceiros. Como sua reputação recai sobre todos os produtos ofertados, há certificação implícita da qualidade dos produtos de terceiros; presume-se que os estabelecimentos operam em escala suficientemente grande para avaliar, ou fazer avaliar, esses produtos antes que sejam postos à venda. Não muito diferente, a Amazon oferece certos produtos que serão entregues por terceiros; a Amazon avalia, regularmente, a confiabilidade desses transportadores mediante aplicação de questionários aos seus clientes. Dá-se o mesmo na franquia: o franqueador, autorizando o uso de sua marca pelo franqueado, garante que este oferecerá produto que atenda às normas de qualidade da marca.[118]

1397 Vê-se que há muitas fontes de informação para o agente que deseja sa-ber em que medida pode gerar confiança no fornecedor ou no produto. O resumo apresentado evidencia o problema da confiabilidade que se põe em relação a muitas fontes. No caso de baixa confiança, o interessado não pode, salvo parcialmente, acreditar na informação; o cálculo racional dirá que deve continuar a pesquisa ou tomar outras medidas de precaução. Pode-se pensar que a possibilidade de punir comportamentos oportunistas nas comunidades fechadas ou por campanhas na mídia poderia reduzir o nível de autoproteção que os agentes do mercado julgariam necessário para se proteger. O direito pode forçar a disseminação da informação em contextos mais abertos? Isso põe a questão da oportunidade da obrigação de se informar.

112. <http://www.truste.org/businesses/index.php>.

113. <http://www.labelsite.org/>.

114. <http://www.webtrader.net.au/>.

115. <http://www.webtrust.fr/>.

116. <http://www.isaca.org/Template.cfm?Section=Certification&Template=/ContentManagement/ContentDisplay.cfm&ContentID=19934>.

117. <http://www.bbbonline.org/index.asp>

118. Klick et al. 2006.

4. A obrigação de se informar

1398 Em muitos casos, uma das partes na negociação tem informações de que a outra necessitaria para estar suficientemente informada e poder decidir sem cometer erro. Há erros que o contratante poderá cometer por acreditar que tem informações completas quando isso está distante da realidade, motivo pelo qual quem detiver mais e melhores informações deverá ser o *cheapest cost avoider.*

1399 Frequentemente, o contratante informado tem interesse em divulgar es-sas informações. É que sem elas, as informações, e ciente de faltarem ele-mentos do custo da pesquisa, a contraparte hesitará em contratar; não estará segura de que o contrato atenderá seus fins. Para facilitar a tarefa o outro contratante tem interesse em fornecer todas as informações sobre o produto ou serviço que possam levar à contratação.

1399a. Nota da tradutora No direito do consumidor brasileiro, para aten-der à política das relações de consumo, a informação ganha destaque, impon-do-se ao fornecedor e ao prestador de serviços a maior transparência, pois o consumidor é entendido como vulnerável, ou seja, equiparado, de alguma forma, ao hipossuficiente do direito do trabalho. Não se faz distinção entre consumidor leigo e consumidor informado, o que tem criado um certo deses-tímulo à busca por informações. O problema é que a doutrina parece desmo-tivada para repensar os estímulos que viessem a reduzir custos de transação. O Código Civil, de 2002, trata de erro e dolo, mas não avança no que diz res-peito ao dever de informar, até o art. 147, quando dispõe que o silêncio intencional (doloso, portanto) de uma das partes a respeito de fato ou qualidade ignorado pela outra é causa de anulabilidade do negócio jurídico. O art. 148 permite a anulação do negócio jurídico por dolo de terceiro se a parte a quem aproveita tivesse ou devesse ter conhecimento.

1400 De que forma o direito pode auxiliar nesse processo? Isto equivale a per-guntar se um contratante deve ser obrigado a prestar informações ao outro. Na falta de disposição nesse sentido, cada um confia nas informações que pode obter por sua própria conta, nas prestadas pelo cocontrante de forma vo-luntária ou outras fontes, de acordo com o cálculo racional sobre informação. A obrigação de informar pressupõe, ao se aplicar o teste de Wittman, exposto atrás, que as economias da pesquisa feitas pela maioria dos beneficiários de tal informação, e os ganhos resultantes dos contratos adicionais celebrados em consequência disso, sejam suficientes para compensar o custo de ter uma regra e o de contratos não celebrados ou celebrados em condições menos vantajosas ao depois, porque a informação, eventualmente, mostrará que havia interesse no contrato não concluído por culpa do interesse. O último elemen-to é fundamental: a economia de mercado avança pela descoberta de possibili-dades de ganho até então não exploradas, fazendo com que os recursos sejam direcionados para usos mais valorizados.

1401 O direito impõe a obrigação de divulgação em várias situações, como se vê em casos de dolo na forma de reticência dolosa; a forma de uso dos bens complexos e os vícios ocultos na venda; o custo do crédito nos contratos de consumo; as informações padronizadas no caso de oferta pública de valores mobiliários. Em troca, o adquirente está, em geral, menos compelido a di-vulgar o especial interesse que deposita no objeto que se propõe a comprar ou a finalidade da compra, seja mediante contrato privado, seja em venda pública.

1402 Foram feitos esforços para formular uma teoria para explicar quando é preciso divulgar e quando aceitável manter-se sigilo e obter o ganho visado.[119] Um primeiro artigo, clássico, de Kronman,[120] propôs, em 1978, tese segundo a qual a informação deve ser divulgada se for adquirida sem esforço, no curso normal do uso de uma coisa (*casually acquired);* já se a criação da informação requereu investimento, esforço ou ação especial que não seria tomada, ou se a informação puder ser lucrativa, o direito reconhece a titularidade implí-cita sobre a informação, permitindo que o detentor silencie diante do outro contratante e conclua um contrato vantajoso aproveitando a informação. Na falta dessa opção, é preciso crer que, sem interesse, algumas possibilidades de ganho não serão reconhecidas e exploradas. Isso explica, por exemplo, não sermos compelidos a divulgar "oportunidades de negócios".

1403 A informação obtida de forma rotineira, sem esforço, deve ser divulgada. Isso explica por que o vendedor tem o dever de informar sobre os vícios da coisa vendida de que tenha conhecimento e responder por perdas e danos cau-sados pelos não divulgados. A obrigação de divulgação não esgotará a fonte de informação que é a experiência de usar o bem em questão.

1404 Admite-se a retenção de informação especialmente criada, e que reque-reu esforço definido, impôs despesas, uma organização. Kronman justifica a decisão da Suprema Corte norte-americana, de 1817, no caso *Laidlaw,* que permitiu àquele que, graças a uma rede de contatos, tendo a informação de que o bloqueio do porto de Nova Orleans seria suspenso, em breve, e, em consequência, que o preço do tabaco – que voltaria a ser negociável – aumen-taria, manter o lucro obtido com as compras feitas anteriormente a preço vil, antes que a informação se tornasse de conhecimento público, com a posterior venda do tabaco a preço mais elevado.[121] Autores subsequentes puseram em dúvida a justeza da decisão,[122] assim como o trabalho de Kronman.[123]

119. Kronman 1978.

120. Kronman 1978.

121. *Laidlaw c. Organ*, 15 U.S. 178; 4 L. Ed. 214; 1817 U.S. LEXIS 396; 2 Wheat. 178.

122. Fabre-Magnan 1992, nº 116, p. 89, Kötz 2000; Eisenberg 2003a, 1671.

123. Kaye 2007, que reprova Scheppele 1988, por deformar a história.

1405 Kronman entende que deveria ser mantida a confidencialidade para que fossem rentáveis descobertas feitas graças a fotografias aéreas e explorações do solo, sobre a potencial existência de jazidas de petróleo ou outros recursos naturais em terreno de terceiro.[124] Em caso recente, a Corte de Cassação fran-cesa seguiu essa lógica ao considerar que a boa-fé não impõe ao adquirente a obrigação de divulgar a destinação que pretende dar ao terreno – no caso servir como estrada.[125]

1406 A lógica é compatível com o princípio geral do *cheapest cost avoider*[126] em re-lação à informação que um dos contratantes pode obter sem esforço especial; o detentor está, manifestamente, mais bem posicionado do que a outra parte para evitar surpresas desagradáveis devidas à falta de uma informação. Dessa forma, o vendedor de veículos usados sabe melhor do que o interessado se o automóvel à venda foi acidentado. Da mesma forma, o mentiroso é o *cheapest cost avoider* tratando-se do ônus de veracidade da informação verídica aos con-tratantes; a sanção que se lhe imporá em caso de fraude ou dolo visa, ainda, a combater o oportunismo. Ainda que a parte relativamente ignorante deva, por si, obter a informação, o jogo muda se solicitar à contraparte relato preciso. O ônus da informação é modificado e a contraparte se torna o *cheapest cost avoider,* conforme o sistema jurídico reconhece, ao punir a reticência dolosa.

1407 A teoria de Kronman auxilia a compreender casos situados nas extremi-dades da escala, mas não serve para a média.[127] *O que* ocorreria se um perito soubesse, desde logo, que um bem oferecido a poucos fosse, na verdade, uma obra de mestre? *E se* o proprietário da casa soubesse que as estruturas têm cupins, mas apenas em razão de conhecimento especializado que contratou por alto preço? O interessado em livros usados que encontra um livro que considera subprecificado não está obrigado a revelar o fato ao vendedor.[128] O advogado que compõe uma lide em nome do cliente não tem de revelar ao colega que representa a parte contrária as fraquezas que podem comprometer a pretensão de seu cliente. O médico pesquisador deve informar os riscos da pesquisa experimental de que participam voluntários. O mesmo se dá com nova terapêutica que seja proposta ao paciente.

1408 A resposta a essas questões não será boa se baseada no teste de Kronman. Fabre-Magnan, ao criticar Kronman, considera que ao menos, em matéria de venda, a obrigação de informar só deve existir se em proveito de quem

124. Kronman 1978, 18.

125. Civ. 15 nov. 2000, *Bull. civ.* III, nº 171 (*Moysan c/Palaric-Le Coent*).

126. De Geest et al. 2002.

127. Nicholas 1987, nº 68, p. 201.

128. Este caso e os seguintes são propostos por Waddams 1991, 239.

compra, não do vendedor.[129] Não basta, como aponta Nicholas,[130] impor ao comprador experiente pagamento pela obrigação de divulgar seu trabalho.[131] Há problema no estipular tal valor: o economista consideraria o aumento que o trabalho do perito gerou. Mas, sobretudo, o ganho obtido constitui a baliza que permite decidir prospectivamente quanto investir na descoberta – uma atividade arriscada, feita pelo empreendedor – de destinar bens subavaliados a usos mais lucrativos.

1409 Trebilcock lembra o caso do jurista-economista que, por força de estu-dar a matéria, tenha chegado a apreciar *A riqueza das nações.* Se encontrar um exemplar da primeira edição da obra de Adam Smith, raro, numa venda de ga-ragem, deverá revelar o valor ao vendedor porque não se trata de informação deliberadamente obtida? O preço não será mais o mesmo. Mas, se não admitir ganhar, lucrar, com seu conhecimento no mercado, mantendo a informação, o livro poderia ser vendido para algum comprador ignorante do valor, que o utilizará como alvo, escora ou para segurar uma janela.[132]

1410 Demais disso, podem os tribunais determinar, com facilidade, qual in-formação não estará disponível salvo mediante deliberada pesquisa, a qual poderá ser obtida sem esforço, no curso ordinário da vida? Enganar-se sobre a posição que venham a adotar poder ser muito oneroso.[133]

1411 Em artigo publicado em 2000, Kötz retomou o esquema de Kronman partindo da premissa de que a informação cujo detentor conhece, ou deveria compreender sua importância para a contraparte, deve ser divulgada.[134] O fato de não fazê-lo implica dolo. Pode, porém, excepcionalmente, ser considerada segredo se for "produtiva"[135] (no sentido de melhorar a alocação de recursos, em contraposição a simplesmente redistribuir riquezas), e se sua obtenção for onerosa (fruto de deliberada pesquisa), com reserva dos casos em que a obri-gação de divulgar decorra da natureza do contrato (como no caso do contrato de seguro ou mandato), ou de estipulação que tenha esse efeito.

1412 Mais recentemente Eisenberg tentou aclarar o debate.[136] Para ele, como para os autores anteriores, o ponto de partida deve ser a obrigação de divulgar

129. Fabre-Magnan 1992, nº 128, p. 99; Fabre-Magnan 1997a.

130. Nicholas 1987, nº 67, p. 200.

131. Regra baseada na aparência em Civ. 1º, 25 mai 1992, *Bull. civ.*, I, nº 165 (affaire *Heim c/ Spo-turno-Coty et autres*).

132. Trebilcock 1993, 113.

133. Musy 1995, texto e nota 102.

134. Kötz 2000.

135. Kötz 2000, 16: "*Information is 'productive' if it advances social welfare, that is, conduces to a better use of the scarce resources of the world*". Remeter à Hirshleifer 1971.

136. Eisenberg 2003a.

para corrigir eventual concepção errada da contraparte: os contratos basea-dos em informação completa têm melhores possibilidades de gerar ganhos de Pareto; na falta de divulgação, a parte ignorante arrisca-se a se envolver em duplo esforço de pesquisa da informação (o que as partes teriam, sem dúvida, desejado evitar em um contrato completo); se as pessoas agissem baseadas em informações incompletas, os recursos destinados aos usos mais valoriza-dos aumentariam.

1413 Porém esse princípio é limitado quando a obrigação de divulgar reduzir o investimento em informações produtivas. Eisenberg considera que não se devem divulgar as próprias preferências, intenções ou avaliações, nem a infor-mação que vá além da antecipação do que será público, ou a que se adquiriu de outra forma que não de maneira fortuita ou imprópria (assim, a título de exemplo, graças a deliberado esforço, investimento). De outra forma, de regra não somos compelidos a divulgar, a seu ver, se formos o adquirente, se a con-traparte foi advertida (*on notice*) do fato que poderia estar errada sobre o valor do bem objeto do contrato e não considerou a possibilidade que lhe caberia de verificar (pode-se alertar, por exemplo, para o fato de uma empresa petro-leira ter opção de compra ou locação de um imóvel com direitos de exploração sobre seu terreno ou o do vizinho); se o risco de agir baseado em hipóteses erradas for atribuído à contraparte, o que ocorreria no caso em que muitos ad-quirentes buscassem lucrar com os erros cometidos pelos vendedores (como no mercado de livros usados: os vendedores sabem que os adquirentes peritos procuram a pérola rara desconhecida).

1414 Mesmo nesses casos, dada a relação de confiança, as informações devem ser divulgadas segundo a natureza da relação. É o caso do perito contratado para emitir parecer, mas também da pessoa que ocupa cargo que a obriga a divulgar todo potencial conflito de interesse.

1415 Eisenberg entende que os casos problemáticos relacionados à obrigação de informar podem ser agrupados em cinco famílias:

– a do vendedor que conhece o vício oculto da coisa vendida;
– a de transações (negociações) já iniciadas;
– aquela em que o comprador sabe de fato que será conhecido do grande público em breve e especula para tirar vantagem;
– aquela em que uma pessoa sabe que o terreno de seu interlocutor, que é ignorante, poderia ter jazidas de minério ou petróleo;
– aquela em que o comprador sabe, mas o vendedor não, que uma obra de arte tem valor insuspeitado pelo último.

1416 Os princípios enunciados levam à conclusão de que a obrigação de divul-gar deve ser imposta nos três primeiros casos. O caso das potenciais jazidas de minério ou petróleo é mais delicado pois o investimento é considerável.

Discutindo o caso *Texas Gulf Sulphur*,[137] Eisenberg admite que a empresa pe-trolífera não se empenharia na exploração se fosse obrigada a divulgar, em detalhes, toda descoberta. Mas, observa, não é assim que as coisas acontecem. A empresa informa sua intenção de explorar e se garante com os direitos para fazê-lo, mas mantém para si os detalhes da exploração. Desde logo o inter-locutor sabe do potencial de seu terreno e poderia, então, confiar a negocia-ção da venda do terreno ou da concessão para a exploração mineral a jurista especializado na matéria. Mas é no quinto caso que a obrigação de divulgar poderia, segundo ele (Eisenberg), ter efeitos ruins no incentivo para descobrir tesouros escondidos e não deveria, pois, ser retida.[138]

1417 Craswell, em recente contribuição, considera que essa controvérsia tem pouco interesse prático: os casos de investimento visando a obter informação são relativamente raros na jurisprudência (norte-americana).[139] A regra de divulgação se prestaria mais ou melhor para punir as partes que escondem informações desfavoráveis da perspectiva de como deveriam ser apresentadas à contraparte. O propósito essencial é que o aspecto pertinente não é tanto se é preciso divulgar, ou não, mas em que medida e segundo que modalidades isto deve ser feito.[140]

1418 Passamos, a seguir, a explorar um segundo princípio geral de regulação contratual, o da atribuição dos riscos.

d. A atribuição de riscos

1419 Dentre os arranjos que o direito prevê, à falta de convenção em contrário, o tema da atribuição de riscos merece comentários.[141] Entende-se como risco o evento danoso cuja superveniência é incerta tanto quanto à realização como quanto à data.[142]

1420 As partes contratantes, de regra, não são igualmente capazes para preve-nir ou a reduzir a incidência de eventos fortuitos ou para assumir as perdas deles resultantes. Isso pode estar sob o controle que uma ou outra parte possa exercer, diretamente ou por intermediários, sobre o objeto do contrato, ou de se garantir contra a perda. Ao negociar o contrato as partes, normalmente,

137. *Leitch Gold Mines, Ltd c. Texas Gulf Sulphur*, (1969)1 Ontario Reports 469, 3 D.L.R. (3d) 161 (Ontario High Court); *SEC c. Texas Gulf Sulphur Corp*, 401 F.2d 833 (2d Cir. 1968). O contencioso recaiu sobre outro aspecto: os administradores da empresa tinham publicado comunicado muito pessimista para obter vantagens no mercado de valores mobiliários quando a verdade apareceu.

138. Eisenberg 2003a, 1687-1691.

139. Craswell 2006, 568.

140. Id., 569 ss.

141. Ver entre outros Ogus 2006, 139-162; Grynbaum 2004.

142. Cornu 2000 Vº Risque.

imporiam o ônus sobre aquela dentre elas mais apta a assumi-lo. É o que designamos como *cheapest cost avoider*.[143]

1421 O Código tem norma supletiva que faz essa distribuição, de se presumir, como as partes a teriam feito se tivessem gasto tempo para tanto. Há exem-plos. *O Código Civil de Québec* prevê, para a venda, que os riscos são transfe-ridos ao comprador no momento da entrega.[144] A pessoa que tem a posse do bem está em melhor situação do que a outra parte para controlar os riscos de perda. Cooter e Ulen dizem, em relação à *common law* do direito norte-ameri-cano, é verdade, que o princípio geral determina que o devedor de uma pres-tação assume os custos habituais da inexecução ("os custos razoavelmente previsíveis da inexecução") enquanto os não habituais ("custos imprevisíveis da inexecução") recaem sobre o credor, a menos que no contrato o devedor não tenha sido informado dos custos não habituais.[145]

1422 Há outros exemplos no direito do transporte marítimo. O remetente ga-rante, no momento da entrega da coisa, a exatidão das declarações que faz, sendo responsável pelo prejuízo que causar ao transportador decorrente de inexatidão, conforme artigo 2.066 do *Código Civil de Québec*. A explicação é evi-dente: por ter as informações o remetente, das duas partes, é quem está mais bem situado para evitar percalços ao comunicar as informações pertinentes relativamente aos bens que ofereçam riscos especiais. De outro lado, o trans-portador, nos termos do art. 2071 do mesmo Código, é responsável pela perda superveniente depois que recebe os bens até sua entrega ao destinatário. Le-vando em contra o controle que o transportador pode exercer sobre as coisas transportadas, isso deveria, em geral, custar menos do que se o remetente tivesse que se garantir contra essa perda. Claro que o remetente paga o custo das precauções adotadas pelos transportador que é incluído no frete. Se essa repartição de riscos e ônus das precauções não for ótima, as partes podem, com conhecimento de causa, acordar diversamente.

1423 Ainda no campo dos transportes marítimos há regras sobre avarias co-muns, cuja origem remontaria aos comerciantes das ilhas gregas nos anos 800

143. O artigo inicial sobre a questão: Posner/Rosenfield 1977; ver também Triantis 2000.

144. Em Québec, art. 1452, al. 2 C.c.Q., que constitui exceção à regra geral do artigo 950 C.c.Q., atribuindo os riscos ao proprietário; ver também art. 66 ss. da Convention de Vienne de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias. Os direitos alemão e holandês preveem uma conjugação de dois contratos, um resultante do direito das obrigações, o outro do direito das coisas para transfe-rir a propriedade. É o segundo contrato que obriga à entrega e que gera a transferência de riscos. A razão econômica exposta no texto se aplica a essa configuração. O direito brasileiro segue a regra do direito alemão quanto ao ônus da perda de coisa vendida e não entregue.

145. Cooter/Ulen 2004, 217. (The rule holds that the promisor must bear the usual costs of breach ("reasonably expected costs of breach"), whereas the promisee must bear the unusual costs of bre-ach ("unforeseeable costs of breach"), unless the promise notified the promisor about the unusual costs of breach). (A regra determina que o promitente arque com o custo da resilição ("custos da resilição que podem ser esperados"), enquanto o promissário deve suportar os custos não usuais da resilição ("custos de resilição não previsíveis")

a.C.[146] “O princípio da avaria comum dispõe que, frente a perigo suscetível de levar à perda coletiva, os proprietários, coisas e cargas envolvidos na mes-ma aventura marítima devem suportar, na proporção dos valores salvos, as despesas e os sacrifícios excepcionais razoavelmente incorridos para permitir seu salvamento.”[147] Quando, por exemplo, diante de um incêndio ou uma tempestade que ponham em perigo toda a carga ou o navio, o capitão pode decidir alijar parte da carga ou aprovar despesas extraordinárias “para a sal-vação comum e imediata dos interesses decorrentes dos resultados da expe-dição marítima”, como dispõe o artigo 25 da *Lei francesa relativa aos eventos de mar*.[148] As perdas resultantes ou as despesas assim incorridas são conhecidas como *avarias comuns*. O tema das avarias comuns foi objeto de harmonização internacional na forma das regras de York e Anvers.[149] A diversidade de nor-mas locais deixava os expedidores sujeitos a surpresas contra as quais teriam podido se prevenir se as conhecessem antecipadamente.

1424 Importante é que essas despesas e perdas são suportadas “pelo navio, o frete e o carregamento”.[150] Qual a razão de tal repartição? Trata-se de proble-ma de seguro no sentido econômico, sujeito ao risco moral.[151] O navio suporta uma parte das perdas para que o armador e seu pessoal, entre os quais o capi-tão, tenham interesse em adotar as precauções necessárias. Incluindo os que recebem o frete impõem-se a eles a obrigação de carregar o navio da maneira mais adequada e de comunicar aos outros as informações úteis para tanto. Por fim, a contribuição da carga garante que todos os que remeteram coisas para serem transportadas contribuem na proporção do seu valor evitando tratati-vas, abertas ou ocultas, em relação à ordem de prioridade das coisas a serem alijadas em caso de perigo.

1425 Tais problemas, na atualidade, são em geral resolvidos por meio de segu-ro comercial e as partes podem dispor contratualmente sobre sua participação na avaria comum. O regime proposto não tem mais razão de ser. Entende-se, porém, que em economias mais simples, antes da introdução do seguro co-mercial, tais regras serviram para, de forma eficaz, repartir o risco. Deram a

146. Ver Tetley 2003, 419-450.

147. O histórico está em: <http://www.cesam.fr/fr/general/generalaverage.html>.

148. Lei nº 67-545, de 7 de julho de 1967; acessível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/ Visu?cid=9637&indice=1&table=CONSOLIDE&ligneDeb=1>.

149. A versão de 1994 das regras está, em inglês, em: <http://www.jus.uio.no/lm/cmi.york.antwerp.rules.1994/doc.html>. Os trabalhos do Comitê Marítimo Internacional sobre a questão são acessíveis em: <http://www.comitemaritime.org/worip/genaverage.html>.

150. Art. 29 da Lei nº 67-545 de 7 de julho de 1967, citada.

151. Ver o capítulo sobre risco e seguro.

cada um interesse em fiscalizar a prudência observada pelos outros reduzin-do, dessa forma, tentações da prática de atos oportunistas.[152]

Terceiro princípio geral de regulação contratual é o paternalismo.

e. O paternalismo

1426 O paternalismo caracteriza o conjunto de regras que modificam um ato jurídico para lhe conferir efeito diferente daquele visado pelo agente, o que pode até eliminar completamente o efeito. Deve-se notável síntese desse con-ceito a Buckley.[153]

1427 Buckley distingue paternalismo suave do duro. No primeiro caso, o efeito jurídico dos atos é modificado para que melhor correspondam à intenção do agente sem que suas preferências sejam questionadas. A modificação pode chegar até a privar o ato de qualquer efeito. Quando o agente é penalizado por ter feito escolhas que não atendem ao seu interesse a intervenção o priva, sem dúvida, de uma parte de sua liberdade, mas as escolhas que pode fazer devem aumentar seu bem-estar. A intenção é proteger o agente de sua inexperiência, da fraqueza de sua vontade ("suas tentações"), de sua racionalidade limitada. Pode-se falar em *autopaternalismo,* conceito já apresentado no capítulo sobre a propriedade, em relação às coisas fora do comércio, recorrendo à fábula de Ulisses e as sereias.[154]

1428 O paternalismo (puro e) duro, em inglês dito *perfectionism* consiste em im-pedir o agente de prosseguir com sua intenção porque suas preferências são consideradas ruins, imorais ou, de alguma forma, inaceitáveis. De uma parte poderia não saber o que lhe convém ou o que é bom para si tratando-se então de reformar (perfeccionismo privado). Ou, ainda, pode se tratar de proteger ter-ceiros dos efeitos moralmente reprováveis do agente (perfeccionismo social).

1. O paternalismo suave[155]

1429 No caso do paternalismo suave, convém indagar se a pessoa protegida, nos momentos de maior lucidez, se autoimporia as restrições que se deseja aplicar. Os casos mais simples são aqueles dos menores e doentes mentais. No caso dos menores, constata-se que o direito reduziu, progressivamente, as restrições à medida que o menor mostra ser capaz de zelar pelos seus interesses.

152. Ver Tetley 2002.

153. Buckley 2005. Calabresi/Melamed 1972, 1113 parecem ser os primeiros a empregar o termo na análise econômica do direito, em discussão sobre bens declarados fora do comércio. Ver tam-bém Trebilcock 1993, c. 7, p. 147-163.

154. Ver o capítulo sobre a propriedade, sec 3-a – Coisas fora do comércio.

155. Buckley 2005, 63 ss. (ch. 5).

1429a. Nota da tradutora No direito brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei que visa à proteção de menores legalmente incapazes, não permite esse tipo de abrandamento.

1430 No caso de adultos incapazes, o paternalismo se justifica por força tanto das consequências da racionalidade limitada, quanto de vontade fraca.[156] Já examinamos, no capítulo dedicado à pessoa que decide, as particularidades do funcionamento da mente humana que a psicologia cognitiva atualiza: heurís-ticas de ancoragem e disponibilidade, remorso, visão retrospectiva (*hindsight),* assim como as dificuldades de bem avaliar as pequenas ou baixas probabilida-des. Quanto à vontade fraca, conhecemos os efeitos da habitualidade. Conhe-cemos, também, os meios de que dispomos para não ficarmos de mãos atadas e evitarmos escolhas nefastas. A parábola de Ulisses e as sereias o ilustra bem.[157] Há outros meios como as sanções sociais ou a escolha de limitar o po-der de fazer despesas imediatas pela compra de uma casa e contratando uma hipoteca, o que gera economias para dias de necessidade.

1431 Convém, então, indagar se a proteção que desejaríamos adotar é verda-deiramente desejável do ponto de vista das pessoas protegidas, e qual o risco de que quem decide se engane ao adotar tal decisão. A dolorosa história das mulheres casadas, tidas como incapazes de se proteger, ilustra, de forma trá-gica, em que medida a intenção de fazer o bem pode ter consequências outras. Atualmente essa questão aparece ligada à proteção, cada vez mais ampla, dada ao consumidor, seja sob forma de proibições diretas, seja sob forma de me-didas de informação ou formalidades para que reflita, pense. A obrigação de usar cinto de segurança nos automóveis, ou capacetes em motocicletas, tem esta natureza? As restrições impostas a título de paternalismo suave apare-cem sobretudo nas regras em matéria de consentimento (reforçado) e capaci-dade para contratar.

2. O paternalismo duro ou perfeccionismo[158]

1432 O perfeccionismo ou paternalismo duro é problemático na medida em que substitui as preferências de certas pessoas pelas de outras. Interfere com o livre-arbítrio do indivíduo. É mais difícil de justificar do que o paternalismo suave. Que direito a coletividade, ou aqueles que a representam, pode em-pregar para impor sua vontade à pessoa? Eis como o limite da constrição foi traçado na metade do século XIX, pelo filósofo inglês John Stuart Mill.

1433 “Que le seul but dans lequel la contrainte peut être exercée légitimement à l’encontre d’un membre d’une société civilisée contre sa volonté est de

156. Ver ainda Jolls 2007, 31-33, que preconiza sob a expressão “*debiasing through law*”. [“suprimin-do o viés por meio da lei”].

157. Elster 1984.

158. Buckley 2005, 102 ss. (ch. 6 et 7).

prévenir des torts causés à autrui."[159] "Que o único escopo no qual a restrição pode ser legitimamente exercida contra um dos membros de uma sociedade civilizada contra sua vontade é o de prevenir dano causado a outrem."

1434 O paternalismo duro se manifesta sob duas variantes, o perfeccionismo privado e o perfeccionismo social. Sobre o perfeccionismo privado, fica difícil, ou mesmo impossível, perseguir preferências que se supõem inadmissíveis. Pode-se sonhar com questões como o consumo de drogas, contratos para ser-viços sexuais, casamento entre pessoas do mesmo sexo, consumo de tabaco, discriminação. O que é inadmissível em uma época pode bem ser considerado de forma diferente em momento subsequente.

1435 O perfeccionismo social consiste em intervenções nas escolhas indivi-duais em função das externalidades que recaem sobre terceiros. Os danos visados pelo teste de John Stuart Mill não seriam, necessariamente, limitados ao plano material como ele supunha. A título de exemplo, contratos visando a restringir a concorrência em busca de vantagem para alguns e em detrimento do conjunto da população. Sua proibição é justificada por esse motivo, mesmo se o dano não for material no sentido comum. A liberdade de concorrência é bem coletivo que deve ser preservado.

1436 Buckley considera que as intervenções justificadas pelo perfeccionismo social visam a preservar bens de natureza moral.[160] As externalidades afe-tariam o capital social que caracteriza a sociedade envolvente. Retomando exemplo de Buckley, experimentamos melhor bem-estar por vivermos em so-ciedade de confiança;[161] nós a mantemos punindo comportamentos desvian-tes e a má-fé[162] e inculcando valores cívicos nos jovens.

1437 A sociedade civil se esvairá se tal proteção vier a faltar? Difícil julgar, entende Buckley, relatando o debate entre Devlin e Hart sobre a imposição da moralidade, após a publicação do Relatório Wolfenden, na Inglaterra, em 1957, que deveria levar à descriminalização de atos homossexuais.[163] A posi-ção muito intervencionista da Devlin, que parecia de difícil aceitação à época,

159. Mill 1859/1991, 14 "*That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection.*" "Este princípio é, que a única finalidde e para a qual a humanidade é garantida individual ou coletivamente, no interferir com a liberdade de ação de qualquer pessoa, é autoproteção". "That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others" (tradução nossa). "Que o único propósito para o qual o poder pode ser exercido legalmente sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é para prevenir danos a outros."

160. Buckley 2005, 117.

161. Fukuyama 1995; Peyrefitte 1995.

162. Buckley 2005, 117.

163. Devlin 1965; Hart 1963; citado em Buckley 2005, 124.

é suportada por recentes estudos sobre a família.[164] Os estudos mostram que, nos Estados Unidos da América, crianças oriundas de famílias compos-tas por pais casados saem-se melhor na escola, têm menos problemas psico-lógicos e menos tendências criminais que aquelas de famílias separadas ou monoparentais.

1438 A questão do perfeccionismo social está presente em toda gama de pro-blemas atuais. A proibição de contratos de mãe de aluguel [barriga de aluguel, entre nós] e as relativas à adoção interferem com a perseguição de planos de agentes privados e, no último caso, resultam em detrimento das crianças que poderiam ser adotadas.[165] Essa tese negligencia, pergunta Buckley, a externa-lidade negativa de uma sociedade mais rude (*coarse)* que emergiria se fosse admitida a venda de bebês?[166]

1439 Questões similares aplicam-se a muitos temas como, por exemplo, a fa-cilidade de divórcio, o consumo de drogas, contratos de barriga de aluguel, clonagem de seres humanos. Os temas da discussão evoluem ao longo do tempo e nem sempre no sentido de relaxamento da moralidade. Quem teria pensado, há quarenta anos, que os seguintes comportamentos seriam objeto de opróbrio – e pior – ainda hoje o são:

– dirigir veículo superdimensionado;
– usar casaco de pele;
– fumar;
– caçar;
– não fazer exercício;
– ter relações sexuais sem proteção;
– promover o sionismo;
– discriminar em razão da idade.[167]

1440 A moralidade pública, que veicula o perfeccionismo, se manifesta, no direito dos contratos, notadamente pelos conceitos de ordem pública e bons costumes[168] e das coisas fora do comércio, de que já tratamos no capítulo so-bre propriedade.

1441 Com ferramentas conceituais, examinar-se-ão, de forma mais detalha-da, os diferentes institutos do direito das obrigações contratuais. Parece

164. Ver por exemplo *The Economist*, du 26/5/2007, p. 23-25; Hymowitz 2006; e outros estudos citados por Buckley 2005, 130.

165. Landes-Posner 1978.

166. Buckley 2005, 121.

167. Buckley 2005, 129.

168. 1133 CCfr, que retoma a fórmula do 6 CCfr; 1413 C.c.Q., que retoma a do 9 C.c.Q.

conveniente adotar a divisão habitual entre formação (Seção 2) e execução do contrato (Seção 3).

Seção 2

A formação do contrato

1442 A doutrina civilista ensina que para haver contrato é preciso o consen-timento (1) entre pessoas capazes para contratar (2), uma causa (3) e um objeto (4).[169] Os quatro aspectos são examinados sucessivamente, sem que tal exame aborde todas as questões objeto de análise pela doutrina civilista.

1. O CONSENTIMENTO

a. Modalidades de consentimento

1443 O contrato deve gerar ganhos para as duas partes (ganho de Pareto). Por isso, não deve ser celebrado enquanto as partes não tiverem avançado na negociação para poderem modelar um arranjo em que cada uma entende ou considera ter atingido seu escopo. O arranjo entre as partes é o final de um processo de tentativa e erro, ou de discussão (tomando emprestada a termi-nologia dos juristas) mais ou menos elaborado, segundo as circunstâncias. No contrato de adesão a discussão fica resumida à sua mais simples expressão; nos contratos concluídos para a construção do navio Queen Mary II foram necessários esforços mais demorados e complexos, do tipo Saint-Nazaré.[170]

1. Oferta e aceitação

1444 Qual o momento em que se deve considerar concluído o contrato? Há dois perigos. Exigência de concordância muito rigorosa se prestaria ao opor-tunismo do contratante que deseja se liberar do contrato concluído a pretexto de falta de acordo superdetalhado. A incerteza gerada para as partes com-plicaria o planejamento da execução do contrato. Uma delas poderia ter se comprometido com despesas por conta da execução do contrato, deixando de fazê-lo no futuro. Permitir que se ponha em causa, de maneira fácil, o acordo, aumentaria os custos de transação.

1445 O perigo oposto seria o de reconhecer o contrato prematuramente. Uma especificação muito incompleta abriria a porta para o oportunismo da parte

169. Art. 1108 CCfr; 1385 C.c.Q.

170. <http://fr.wikipedia.org/wiki/Queen_Mary_2>.

que desejasse usar as lacunas em seu benefício e em detrimento do outro contratante, que poderia acreditar apenas em *pourparlers,* conversações, sem ter a intenção de se vincular.

1446 Todos os sistemas jurídicos preveem regras para limitar esses perigos. Nos sistemas de direito civil, o contrato se forma pela aceitação de uma ofer-ta. Os dois termos devem ser precisados. Não é qualquer oferta comunicada por uma pessoa que indica que está pronta para se vincular – pelo só fato da aceitação pelo destinatário – fornecendo com precisão os elementos es-senciais do contrato pretendido: natureza, objeto, preço e outras condições. Descarta-se, então, o simples aviso ou convite para participar de conversas; quem pretenderia celebrar um contrato, ao aceitar tal convite, nada mais faz do que iniciar as conversações (discussões) entre partes. Assim, a oferta de emprego publicada em jornais deve ser considerada como simples convite para postular o cargo.[171] Por outro lado, a disposição de bens em vitrines, com a indicação do preço, por estabelecimento comercial constitui oferta de venda àquele preço.

1447 A comunicação em resposta à oferta constitui aceitação desde que indi-que a intenção do destinatário de se vincular e que aceite, sem mudança, os termos da oferta. Qualquer mudança será tratada como recusa da oferta e a continuação da discussão mediante uma contraoferta, que se torna, assim, uma oferta que poderá ser a base do contrato desde que seja aceita pelo ofer-tante inicial e assim por diante.[172] A análise econômica do direito explicaria essas regras considerando que, no estágio preliminar, as partes estão mais bem postas do que o juiz para precisar seu pensamento (*cheapest cost avoider*). Recusando validar o contrato, priva-se as partes da opção preferida e se as incentiva a completar a negociação.

1448 A concordância entre oferta e aceitação sobre os elementos essenciais do contrato projetado deveria bastar para considerá-lo concluído. A aceitação pode até ser tácita, se as partes o previrem ou se isso for usual em negócios de longa duração entre as partes ou, ainda, se os usos comerciais o previrem.[173] A análise econômica do direito detecta aqui, de um lado, o desejo de reduzir custos de transação, mas sob reserva, e de outro a necessidade de conter o oportunismo da parte que pretextaria falta de acordo em relação a um detalhe para pôr em causa a validade do contrato.

1449 A questão, agora, é saber por quanto tempo a oferta deve ser manti-da, se não fixar prazo. Considera-se que o lapso temporal deve ser tal para que a oferta possa ser livremente revogada enquanto não tiver sido aceita.[174]

171. Lluelles/Moore 2006, nº 281, p. 138.

172. C.c.Q. 1388-1390, 1393; Fabre-Magnan 2004, nº 90, p. 234 ss.

173. Catala 2005, 1105-6; C.c.Q. 1393.

174. Fabre-Magnan 2004, nº 89, p. 230; 1390 (2) C.c.Q.

Garante-se ao contratante, dessa forma, a mais ampla liberdade de buscar a destinação mais valorizada para o objeto do contrato.

1450 O Código admite que a revogação da oferta é válida se chegar ao desti-natário antes de oferta, mesmo se esta estiver atrasada.[175] O termo “chegar” cria o risco da escolha de meios pelo ofertante: tem o controle e, portanto, é claramente o “*cheapest cost avoider”*. Ainda uma vez, as partes estão mais bem postas do que o juiz para precisar o conteúdo daquilo sobre o que querem convir em definitivo.

1451 Há, portanto, a possibilidade de revogação oportunista, por exemplo, quando o contratante tiver de incorrer em despesas significativas para decidir se pode aceitar ou fazer frente a perdas substanciais se o contrato não for concluído e a revogação chegar no último minuto. Se houver abuso – será preciso provar –, a responsabilidade civil extracontratual serve de sanção para desencorajar esse oportunismo, acrescendo-se a isso a má reputação que recai sobre quem revoga sua oferta dessa forma.

1452 O Código de Québec prevê que a oferta com prazo deve ser mantida. O contratante vítima de uma revogação prematura pode, nada obstante, consi-derar o contrato celebrado? Este seria o “contrato-sanção”.[176] A relação Ca-tala aceita a ideia em seu artigo 1105-4.[177] A doutrina permanece dividida.[178] Ao recusar o contrato-sanção, estimula-se o aceitante a moderar as despesas feitas na crença da validade do futuro contrato e a fazer prova do desejo de aceitar.

1453 O contratante que procura sobretudo a segurança pode insistir em re-correr ao pré-contrato,[179] que se denomina promessa de contratar ou op-ção. Aqui a análise de como um contrato e o promitente não podem resilir discricionariamente.

1453a. Nota da tradutora As normas aplicáveis à formação do contrato, tal como predispostas no Código Civil, não diferem dos sistemas de direito de base romano-germânico-canônica. Simples leitura do art. 428 evidencia que a proposta é obrigatória salvo se, feita entre presentes, não for aceita, no caso de ausentes por decurso de tempo, ou se a resposta não for expedida no pra-zo, entre outras exceções. O legislador foi cuidadoso no explicar o que deve ser entendido como oferta entre presentes para incluir as comunicações por telefone ou “por meio de comunicação semelhante” (sic) o que abrange a In-ternet. Oferta ao público constitui proposta, desde que contenha o elemento

175. 1391 C.c.Q.

176. Lluelles/Moore 2006, nº 308, p. 146; Popovici 1995a, 407.

177. Catala 2005, 69.

178. Pineau/Gaudet 2001, nº 48, p. 111; Lluelles/Moore 2006, nº 312, p. 147.

179. Popovici 1995b.

essencial ao contrato. Aceitação da proposta fora do prazo ou com adições, restrições ou modificações será uma contraproposta. (art. 431). Para contra-tos entre ausentes, a formação deve preencher os requisitos do art. 434.

2. Promessa [oferta] de recompensa

1454 Alguns comentários sobre a promessa de recompensa. Fabre e Magnan lhe conferem um parágrafo.[180] A delicada questão está em saber se a recom-pensa deve ser paga ao "inventor" – aquele que cumpriu o ato visado pela oferta – e que dela não tinha conhecimento. Se os inventores ativos forem sensíveis às recompensas oferecidas, suas escolhas, quando não tiverem co-nhecimento da oferta, não teriam sido por ela influenciadas. Os tribunais norte-americanos, em geral, exigem o conhecimento da oferta de recompensa para admitir que o inventor a reclame.[181] Posner nota que esta última re-gra não faria muita diferença no número de objetos efetivamente relatados. Fabre-Magnan sustentam o contrário e veem sua tese suportada pelo BGB[182] e *Código Civil de Québec.*[183]

1454a. Nota da tradutora Em certas circunstâncias, a promessa de recom-pensa pode ser enquadrada como oferta ao público.

3. Momento e local da formação

1455 Historicamente, o momento e o local da formação do contrato suscitaram muitas discussões doutrinárias, notadamente quando se cuida de contratos entre ausentes. Indaga-se se o contrato fora concluído desde a aceitação, ou, ainda, a partir da expedição da oferta *(teoria da emissão),* ou se, ao contrário, quando a oferta chegasse ao destinatário [ofertado] (*teoria da recepção),* ou se seria necessário que este tomasse ciência dela (*teoria da informação).* Sobre esta última opção, do ponto de vista econômico, dever-se-ia descartá-la vez que permite o oportunismo do ofertante que poderia tanto contratar quanto buscar melhores condições junto a terceiros. Ele é, sem dúvida, a parte que está em melhor posição para evitar mal-entendidos resultantes do conheci-mento tardio (*cheapest cost avoider).*

1456 Quanto às duas primeiras opções acredita-se que, se o aceitante usa o mesmo meio de comunicação que o ofertante, o contrato estaria formado des-de a expedição; se escolhe meio diferente a formação do contrato será retar-dada até a recepção da aceitação pelo ofertante.[184] Economicamente o risco de

180. Fabre-Magnan 2004, nº 230, p. 627.

181. Posner 2003, 102.

182. 657 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil Alemão).

183. 1395 C.c.Q.

184. Flour/Aubert 1975, nº 171, p 118; Fabre-Magnan 1992, nº 64, p. 79.

falha de comunicação é atribuído, em cada caso, à parte que primeiro usou o meio de comunicação e que tem, portanto, incentivo para avaliar os riscos. O princípio se insere na lógica do *cheapest cost avoider*.[185] As considerações sobre "equidade" à francesa se unem às motivações propostas pela análise econômi-ca do direito, como observam com sutileza Frabre-Magnan.[186]

4. As formalidades: exceções ao consensualismo

1457 Na discussão acima, o consentimento foi apresentado como resultante do encontro de oferta e aceitação sem qualquer formalidade. Os direitos modernos adotam, em geral, tal princípio, que é designado pelo termo *consensualismo*.[187] O consensualismo é fator de simplicidade, rapidez e economia (de custos de tran-sação).[188] O princípio comporta exceções, notadamente na venda de imóveis e nos contratos de consumo. Historicamente parece que o consensualismo foi a exceção – o clássico direito dos contratos romano era formalista.[189]

1458 Por que impor formalidades? Formalidades podem se prestar para que os contratantes reflitam (formalidade *ad solemnitatem*) ou para permitir que pensem sobre uma prova, no caso de litígio (formalidade *ad probationem*). O formalismo pode, ainda, como no caso das letras de câmbio, simplificar a con-ferência e facilitar a negociação do título (redução de custos de transação).

1459 A formalidade do primeiro tipo reforça o consentimento: serve para ga-rantir que o consentimento exprima a verdadeira vontade, informada e refle-tida, do interessado,[190] que não se compromete rapidamente. Isso pode ser explicado como forma de autopaternalismo: presume-se que o ou os contra-tantes ter-se-iam imposto a formalidade para evitar um compromisso "ime-diato" que, em seguida, lamentariam. O arrependimento poderia provir da fraqueza de sua vontade ou do ganho que daí obteria o contratante oportu-nista. Jolls propõe a expressão "desviezar pela lei" para designar a adoção de normas tendo como finalidade proteger as pessoas contra os efeitos de sua racionalidade limitada ou sua vontade fraca.[191]

1460 As considerações sugerem que a falta de respeito pela formalidade deve-ria ser verificada para saber se a pessoa que se pretende proteger conhece as obrigações (ônus) que sobre ela, parte, recaem no acordo. A pessoa manifesta seu julgamento ao invocar a nulidade do acordo, ou ao se abster de fazê-lo: é

185. De Geest et al. 2002.

186. Fabre-Magnan 1992, 79, nº 65.

187. Pineau/Gaudet 2001, nº 154, p. 303.

188. Flour/Aubert 1975, nº 301, p. 226.

189. Flour/Aubert 1975, nº 299, p. 224.

190. Flour/Aubert 1975, nº 300, p. 225.

191. Jolls 2007, 34: *debiasing through law*.

a nulidade relativa. Isso aumenta o custo de conclusão do contrato, mas con-templa a expectativa de reduzir o custo de erros (decisões lamentadas), o que, no conjunto, reduziria os custos de transação. A possível nulidade do contrato confere ao contratante interesse em propor um acordo no qual a reflexão pa-recerá sempre honesta.

1461 Se a formalidade serve, também, para informar terceiros, qualquer inte-ressado – e mesmo a corte – poderia ser invocado ou constatar a nulidade, dita absoluta, do contrato. Se o único escopo for o de informar a terceiros basta a inoponibilidade. Inversamente, pode-se prever que a publicidade torna o direito oponível a terceiros, como faz o artigo 2941 do *Código Civil de Québec*.

1461a. Nota da tradutora O consensualismo é regra geral no direito dos contratos, sendo os formais a exceção. As formalidades no caso de compra e venda de bens imóveis decorrem do fato de a transmissão da propriedade dar-se pelo registro. Da mesma forma, no direito societário, alguns tipos de sociedades, como as anônimas, por exemplo, têm rito formal quanto à consti-tuição e publicidade.

1462 As formalidades podem ser de diferentes ordens. Em muitos casos, se impõe um documento escrito – que serve igualmente de prova. No caso de decisões mais importantes, de regra ato autêntico[192] – notarial ou outro – e a inscrição em registros – para informar terceiros – são determinadas.[193] É o caso das convenções matrimoniais[194] e da hipoteca.[195] Até o casamento é contrato solene, celebrado perante autoridade especialmente habilitada para tal fim; certos países impõem período de carência entre o requerimento e a celebração do casamento: a espera e a solenidade reforçam o consentimento e garantem a informação da comunidade. Em certos casos impõem-se a au-torização ou assentimento de terceiro para que o contrato seja validamente formado.[196]

1463 Muitos contratos só são formados mediante a entrega do objeto da aven-ça; são ditos contratos *reais.* Casos do depósito e do penhor. O interesse prá-tico dessa formalidade parece, na economia moderna, limitado, uma vez que há concessão de crédito sem desapossamento e os juristas criaram a hipo-teca mobiliária, sem desapossamento[197] que é publicizada pela inscrição em registros previstos para tal fim, de modo a informar terceiros, para o que

192. 1317 CCfr; 2813 C.c.Q.

193. Por ex. 2938 C.c.Q. para a aquisição, a constituição, o reconhecimento, a modificação, a trans-missão e a extinção de direitos reais imobiliários.

194. 1394 CCfr; 440 C.c.Q.

195. 2127 CCfr; 2693 C.c.Q.

196. Ex. os contratos de menores : 1124 CCfr; 1409 e 153 ss. C.c.Q.

197. 2665 C.c.Q.

contribuiu o desenvolvimento da informática.[198] O *Código Civil de Québec* prevê que o mandato outorgado em virtude da falta de capacidade do mandante deve ser feito perante notário que constate o fato, ou perante testemunhas.[199] No direito do consumo, outra técnica é também empregada para reforçar o con-sentimento do consumidor: prazo para reflexão ou arrependimento (*cooling off period*), convencionalmente denominado faculdade de voltar atrás ou de retratação, em que se prevê prazo durante o qual o beneficiário pode, a seu critério, se desvincular do contrato validamente celebrado.[200]

1464 A formalidade imposta para preconstituir prova pode, também, ser ex-plicada como forma de autopaternalismo. Os interessados estariam sujeitos a essa disciplina para evitar serem titulares de um direito que seriam incapazes de provar em caso de litígio. Há formalismo em vários contratos de consumo.

5. Formalidades para a transferência de partes do corpo

1465 A tendência a certo formalismo aparece em área muito diferente, a de cessão ou transferência de partes do corpo humano.[201] O problema se põe na medida em que a moderna medicina tornou viável o transplante de órgãos e que, por isso, o órgão tornou-se escasso, pois tem muitos usos – ficar no corpo ou servir para outro depois de transplante – entre aqueles que podem escolher. O direito reagiu a esse desenvolvimento definindo, expressa ou im-plicitamente, um novo direito de propriedade sobre novo bem escasso. Esse direito considera a faculdade de transferir, mas a novidade faz com que as consequências da transferência sejam ainda mal compreendidas; o risco de arrependimento é elevado. Isso porque, no atual estado do conhecimento, restrições à transferência e ao consentimento forte são necessárias, justificá-veis a título de autopaternalismo.

1466 No direito de Québec, a única formalidade determinada é documento es-crito:[202] exige-se, ainda, que o "risco corrido seja proporcional ao ganho que, razoavelmente, seria possível esperar"[203] e que a transferência seja gratuita.[204] Comentário do Ministro da Justiça a respeito de tal disposição ressalta ser pre-ciso estabelecer, de forma clara, que o corpo humano está fora do comércio.[205] Sem dúvida, gostaríamos de justificar o princípio considerando que a esperança

198. 2934 ss. C.c.Q.

199. 2166 C.c.Q.

200. Ex. art. 59 et 73 Loi sur la protection du consommateur (LRQ c. P-40.1).

201. Sobre o conjunto do papel do contrato na exploração do corpo humano, ver Bellivier/Noiville 2006.

202. 24 C.c.Q.

203. 19 C.c.Q.

204. 25 C.c.Q. No mesmo sentido, na França, L. 1211-4 du *Code de santé publique*.

205. Ministro da Justiça 1993, t. 1, 25 (ad art. 25).

de lucro pode levar a uma prontidão em seguida lamentada (racionalidade li-mitada). O efeito incidente é afastar os incentivos que, normalmente, levam à criação de um mercado e dificultar, em detrimento dos que necessitam de órgãos, acordos entre estes e os eventuais ofertantes dos mesmos.

1467 O escopo de proteção (paternalismo suave) fica mais claro no caso de transferência de partes do corpo de menor de idade: estão limitadas àquelas suscetíveis de regeneração, impondo-se a condição de inexistência de sério risco à saúde e exigência de consentimento do titular do pátrio poder e auto-rização do tribunal.[206]

1468 Na França, o escopo de proteção do doador de órgão, mesmo adulto, é ainda mais acentuado. O beneficiário só pode ser membro da família e a transferência deve ser justificada pelo seu efeito terapêutico direto. O doador deve ser informado dos riscos e deve manifestar seu consentimento perante o tribunal da grande instância ou um magistrado por este designado.[207]

1469 Interessa saber se as formalidades serão progressivamente aliviadas, ou até suspensas, à medida que aumente a experiência adquirida com o trans-plante de órgãos e, com ela, a avaliação dos riscos.

1469a. Nota da tradutora A questão da doação de órgãos, partes ou peças do corpo humano, que por breve período imaginava-se seria compulsória *post mortem,* segundo interpretação da Lei nº 9.434/1997, como se o corpo sem vida pertencesse ao Estado, também no Brasil, exige consentimento expresso da pessoa, em vida, ou de familiares após a morte se não houver declaração anterior do falecido. Quanto à doação em vida, as regras admitem, apenas no caso para órgãos duplos ou de partes do corpo humano que não causem da-nos ou ponham em risco a vida ou qualidade de vida do doador. O Código de Ética Médica cuida de inibir situações de conflito de interesses de médicos na avaliação da morte cerebral e uso de órgãos, partes e peças do corpo humano para transplantes que executem.

b. Os vícios do consentimento

1470 Em sistemas jurídicos muito formalistas, há pouco espaço para a correção de decisões se sobrevier o arrependimento. As formalidades excluem a deci-são irrefletida, o engano e a violência. Garantem o consentimento refletido, ponderado. Prospectivamente as partes contratantes ajustam seus interesses no contrato projetado. O direito penal corrige os casos caracterizados por fraude e violência. O direito romano, de resto, não contém normas concer-nentes aos vícios do consentimento no direito privado.[208]

206. 19 (2) C.c.Q.

207. L. 1231-1 du *Code de santé publique*. (Código de saúde pública)

208. Flour/Aubert 1975, nº 189, p. 130.

1471 Por que se abandona o formalismo? O formalismo tem custos significati-vos: aumenta os custos de transação; limita o repertório de contratos admiti-dos. Isso tudo desacelera o funcionamento do mercado e nos priva de inovações que poderiam ser úteis e que, pelo teste de Wittman, poderiam mais do que compensar, em relação ao conjunto de contratos celebrados, os casos de ar-rependimento. O direito moderno está mais baseado na inovação e, em con-sequência, adota o consensualismo tanto em relação à liberdade de contratos admissíveis como, na falta de regra geral, as formalidades para sua conclusão.

1472 Dessa concepção consensualista parece vantajoso pensar em corretivos para os casos em que o consentimento de uma das partes não esteja claro (erro, dolo) e livre (medo). Tais corretivos, adotados no direito objetivo podem, nos termos do teste de Wittman, reduzir os custos do contrato ao diminuir o custo das precauções que as partes contratantes se sentiram obrigadas a adotar.

1. O erro

1473 A fim de que o contrato represente um ganho de Pareto cada parte deve, ao menos prospectivamente, ter alguma vantagem. Para tanto deve poder ava-liar os elementos essenciais do contrato projetado. Se se enganar, não há ga-rantia de que o contrato representará um ganho de Pareto.

1474 O direito civil trata esta questão por meio da doutrina do erro. O erro que resulta de manipulação da informação pela outra parte, ou que esteja sob seu controle, é regido, em função do oportunismo que caracteriza a situação, pela variante diversa, o dolo.

1475 Ao formular a doutrina do erro, é preciso evitar duas armadilhas. Recu-sando reconhecer um risco, arrisca-se a dar apoio estatal a uma operação que não reflete um ganho de Pareto. Na medida em que o direito tem como função contribuir para a eficiência seria melhor permitir que esse contrato seja refei-to. Ao inverso, admitindo de forma muito generosa o questionamento de um contrato celebrado em virtude de erro, a segurança jurídica fica comprome-tida: o adquirente hesitará em se vincular a operações envolvendo bens que podem ter de ser devolvidos ao vendedor e terceiros hesitarão em comprá-los. O vendedor não pode contar com as receitas de uma venda de bens que o ad-quirente poderia, facilmente, anular.

1476 O direito afasta esses riscos mediante regra de que apenas o erro essen-cial sobre o contrato é causa de nulidade. O relatório Catala expressa a cons-trição dessa condição "se uma das partes ou seu representante não teriam contratado ou teriam contratado sob condições diferentes".[209] Essa parte não tem o benefício do contrato, o contrato não espelha um ganho de Pareto.

1476a Nota da tradutora O Código Civil Brasileiro, nos arts. 138 e segs. tem regras sobre erro e ignorância. Para avaliar o problema usa o padrão da

209. Catala 2005, art. 1111-1.

pessoa que age com diligência normal dadas as circunstâncias do negócio. O erro será substancial nas hipóteses do art. 139; o falso motivo (engano) viciará a declaração se for dela razão deteminante (art. 140). Será anulável a transmissão errônea de vontade por meios interpostos tal como a direta. A indicação errada de pessoa ou da coisa só vicia a declaração se não for possível fazer a identificação correta.

1477 Essencial se considere primeiro a natureza do contrato (ex.: venda ou locação) e do objeto. Engano sobre esses elementos impede a formação do contrato (erro – obstáculo): as partes, privadas de sua opção preferida, são incentivadas a completar a negociação mais adiante.

1478 A nulidade pode também ser invocada em caso de erro sobre a substância do contrato (sobre uma qualidade considerada determinante nas negociações pelas partes: o cavalo está apto para a corrida?) ou sobre a pessoa que o exe-cutará, se as partes o considerarem como determinante para o consentimen-to.[210] Nota-se, nos dois casos, que o contratante deve ter compreendido essa natureza determinante. Ainda que não tenha compreendido o contrato será válido. A pessoa que estiver na posição de cometer erro é incentivada a indicar claramente as qualidades determinantes para o outro contratante.

1479 Se o caráter determinante estava claro, apenas a vítima do erro tem a opção de requerer a nulidade do contrato (nulidade relativa). Mediante sua decisão de adotar esta opção, manifesta julgamento relativo a saber se o fator sobre o qual se enganou é, realmente, essencial e se o contrato ainda repre-senta um ganho de Pareto. O contratante que corre o risco de se ver privado de sua opção preferida tem, prospectivamente, interesse em se garantir de que o outro está corretamente informado sobre aquilo que mostrou ser, para si, o essencial do contrato.

1480 Outros erros – sobre a rentabilidade do objeto, ou considerações não es-senciais – não afetam a validade do contrato. A vítima do erro, privada de sua opção preferida, é estimulada a adotar precauções.[211] É o *cheapest cost avoider.* Isso vale também para o erro inescusável,[212] ainda que a respeito de elemento essencial, quer dizer, aquele culposo porque a vítima teria podido evitá-lo tomando os devidos cuidados.[213] Regra contrária levaria ao risco moral.

1481 A distinção entre erro-vício do consentimento e simples erro é mantida e aperfeiçoada no projeto de reforma elaborado sob a presidência do professor Catala.[214] O *Código Civil de Québec* emprega fórmula ligeiramente diferente: o

210. 1110 CCfr.

211. Sobre o erro quanto ao motivo, quase nunca admitido como causa de nulidade: Gordley 2006, 326-335.

212. 1400 (2) C.c.Q.

213. Flour/Aubert 1975, nº 204, p. 144; Ghestin 1988, nº 398, p. 431.

214. Catala 2005, art. 1112 a 1112-5.

erro gera a nulidade se recair sobre a natureza do contrato, o objeto da pres-tação ou elemento essencial em que se baseou o consentimento.[215]

2. O dolo

1482 O dolo, conforme o relatório Catala,[216] resulta de um dos contratantes utilizar-se de manobras ou mentiras para obter o consentimento da outra parte. O contratante manipula, a seu favor, a informação sobre a qual a outra parte funda o consentimento. O dolo é exemplo típico de comportamento oportunista. A natureza oportunista explica por que o erro provocado pelo dolo é sempre escusável, fonte de nulidade, tratando-se do valor da coisa ou do motivo do contrato, conforme proposta do relatório Catala.[217] Economica-mente o oportunismo desloca o ônus das precauções: o oportunista é sempre o *cheapest cost avoider.*

1482a. Nota da tradutora Vício da vontade, o dolo é causa de anulabilidade do negócio jurídico quando for sua causa (art. 145 CCB). Tal como os legisla-dores europeus e de Québec, o brasileiro impôs, como sanção, perdas e danos para o dolo acidental, se a operação fosse realizada de outro modo. O silêncio intencional a respeito de fato ou qualidade que a outra parte desconhecesse representa omissão dolosa e que, se conhecida, implicaria a não realização do negócio, que é anulável (art. 147 CCB). A informação aparece, novamente, como fundamento da anulabilidade de negócios jurídicos no art. 148 do CCB, sendo o dolo de terceiro, se a parte que dele tire proveito tivesse conhecimen-to, ou devesse tê-lo. Não sendo essa a hipótese, o terceiro responde por per-das e danos da parte que tiver ludibriado. Dolo de representante legal obriga o representado a responder até o limite do proveito que tenha. Se o dolo for de representante convencional, a responsabilidade será solidária (art. 149 CCB). Dolo recíproco não enseja nem anulação nem indenização para qualquer das partes.

1483 Exemplos clássicos de dolo são o vendedor de automóveis usados que altera o odômetro de um veículo para sugerir que foi menos usado;[218] o ven-dedor de um imóvel que disfarça o projeto de alargamento de uma rua que afetará a área[219] ou o fato de a água do poço da casa vendida não ser potável[220] ou ainda a ordem que impede seja habitada.[221]

215. 1400 C.c.Q.
216. Catala 2005, art. 1113.
217. Catala 2005, art. 1113-3.
218. Civ. 19 de janeiro de 1977, *Bull. civ.*, I, nº 40, p. 30.
219. Civ. 13 de fevereiro de 1967, *Bull. civ.* I, nº 58.
220. Civ. 10 fevereiro de 1999, Contrats Conc. Consom. 1999, nº 90.
221. Civ. 29 nov. 2000, *Bull. civ.* III, nº 182, p. 127.

1484 Até recentemente supunha-se que apenas o comportamento ativo pode-ria consistir em dolo. O mero silêncio não era considerado doloso; caberia a cada um cuidar de se informar sobre os elementos a respeito dos quais o ou-tro contratante não tivesse prestado informações.[222] No curso dos últimos 40 anos, de forma progressiva, aceitou-se reconhecer como forma de dolo o fato de manter silêncio sobre elemento que interessa à contraparte, mas a respeito do qual está mal informada. Essa nova figura vem sendo reconhecida quan-do havia relação de confiança entre as partes.[223] Esta jurisprudência foi, em seguida, generalizada, sob forma de conceito de reticência dolosa em relação à obrigação de informar o cocontratante a respeito dos elementos determi-nantes do projetado contrato. "A reticência dolosa se aproxima da 'sanção de violação intencional de uma obrigação pré-contratual de informação'."[224]

1485 Conforme visto na discussão sobre a obrigação de informar, o caso de obras de arte é especialmente problemático. A jurisprudência francesa oferece bela relação de exemplos, alguns dos quais serão examinados abaixo.

1486 Uma decisão principiológica foi proferida no caso do quadro de Pous-sin, em longa demanda judicial que terminou em 1983.[225] Um casal acusa os corretores de vender um quadro que lhe pertencia e que um perito, por eles contratado, atribuiu à "Escola de Carrache" (final do século XVI). O quadro foi vendido por 2.200 francos em 21 de fevereiro de 1968. Durante a venda, a Réunion dos museus nacionais exerceu seu direito de preempção. O quadro é, em seguida, exposto no Louvre, como obra original de Poussin, célebre pintor do século XVII, o que aumenta seu valor em muitos milhões de francos.

1487 O casal requereu a nulidade da venda em razão de erro sobre qualidade substancial da coisa vendida. O pedido foi rejeitado em primeira instância e na apelação, mas a Corte de Cassação questionou (censurou) a decisão pois, na apelação, o Tribunal não investigou se o consentimento do casal poderia estar viciado dada a convicção de que o quadro não poderia ser obra de Pou-ssin. Quando a certeza não está bem fundamentada, existe a possibilidade de erro. Sabe-se que há muitas falsificações de Nicolas Poussin e que a questão da autenticidade tinha considerável interesse prático.[226]

1488 A matéria foi remetida a outra corte de apelação que julgou que o erro deve ser apreciado conforme as informações disponíveis no momento da ven-da, e que as informações atribuindo o quadro a Poussin são todas posteriores
à venda. Esta decisão, por sua vez, foi revista por um acórdão solene da Corte

222. Lluelles/Moore 2006, nº 620, p. 292.

223. Cass. Com. De 21 abril de 1959, *Bull. civ.* II, nº 178, p. 162.

224. Ghestin 1993, nº 523, p. 486.

225. Civ. 1er, 13 de dezembro de 1983, *Bull. civ.* I, nº 293; Fabre-Magnan 2004, nºs 108 ss., p. 273 ss.

226. Fabre-Magnan 2004, nº 108, p. 273-274.

de Cassação, em 1983, partindo da ideia de que é possível recorrer a elemen-tos posteriores à venda para reconstituir o verdadeiro estado das coisas e estabelecer o erro no momento da venda.

1489 A jurisprudência Poussin parece ir de encontro à lógica que visa a permi-tir que um perito valorize seu conhecimento aproveitando-se do aumento do valor resultante da divulgação da real natureza do objeto comprado. Desenco-raja a descoberta e o fato de pôr em circulação tesouros ocultos, escondidos. Para observadores estrangeiros que somos, os fatos relatados põem a questão de saber se é a qualidade do adquirente que influiu na decisão.

1490 Se organização estatal exerce o direito de preempção pode-se imaginar que suspeitava da real natureza do quadro. Se seu representante tivesse feito parte da avaliação por ocasião da venda em leilão o quadro teria sido vendido
– e, então, sido objeto de preferência – por muito mais do que 2.200 francos. Seria o casal quem teria tido o benefício do aumento de valor/preço; se sub-sistisse dúvida, o casal teria, ainda assim, capturado parte do aumento, e o adjudicado, especulando sobre a real natureza, o restante. Esses cenários não existiram e foi o Estado – logo a coletividade – que capturou o total do au-mento. Deve-se incentivar o Estado a obter ganhos com a perícia de seus ser-vidores em matéria de obras de arte? A primeira decisão da Corte de Cassação parece levar à resposta negativa. Pode-se questionar se a Corte teria tomado a mesma decisão tratando-se de adquirente particular, agente privado. Qual-quer que fosse, no atual estado das coisas, proprietários de quadros “velhos” têm, com base nessa decisão, interesse em estabelecer a origem da obra, o que facilitará, talvez, sua circulação. Pobre consolo.

1491 Felizmente, a Corte de Cassação teve a oportunidade, em outra demanda, de se manifestar sobre a hipótese em que o adquirente é um particular. Tra-ta-se do caso Fragonard.[227] Os fatos são, em certa medida, semelhantes aos do caso Poussin. Um particular vendeu a um perito um quadro intitulado *Le Verrou,* considerado obra da escola de Fragonard, pelo preço de 55.000 fran-cos. Durante a restauração foi reconhecido como obra do mestre e revendido ao Louvre pelo preço de 5.150.000 francos. O vendedor originário requereu e obteve a anulação da venda por causa do erro sobre as qualidades substanciais da coisa vendida. A decisão foi alterada porque o trabalho do perito restaura-dor levaria a enriquecimento sem causa do primeiro vendedor, que era preciso considerar. Foi deferida uma indenização de 1.500.000 francos ao perito, de-cisão que a Corte de cassação, novamente, confirmou.

1492 Do ponto de vista da análise econômica do direito, o debate sobre esse caso foi levantado por Rudden.[228] Rudden observou que a decisão pode

227. Civ. 1º, 25 maio 1992, *Bull. civ.* I, nº 165, JCP G 1992. I. 3608, 370; Fabre-Magnan 2004, nº 121, p. 309; Gordley 2006, 325.
228. Rudden 1985.

desencorajar a tomada de riscos por peritos e, eventualmente, o investimento na aquisição do talento do perito. Os quadros de mestres permanecerão des-conhecidos na França! Acredita que a decisão foi errada, posição apoiada por Fabre-Magnan.[229] Deve-se, igualmente, ser pessimista? A decisão tem incen-tivos para as duas partes: para os proprietários de obras de arte o de pô-las em circulação e para os peritos encontrar (identificar) obras desconhecidas. Peritos cuja remuneração seja função do valor que criaram podem contar, se não sobre todo o valor acrescido, ao menos sobre uma parcela, proporção relevante, dela. Teria sido nefasto acordar uma remuneração fixa ou simples-mente com base no tempo gasto pelo perito na realização do trabalho, que levaria ao desaparecimento do interesse em assumir o risco de um ato de empreendedorismo – um pouco especulativo e arriscado – que faz a obra ser direcionada para uso mais valorizado. O resultado parece aquele aplicado à descoberta de tesouro em terreno de outrem.[230]

1493 O vendedor de obras de arte não pode contar, em todas as circunstâncias, com a possibilidade de recuperar ao menos em parte o aumento de valor obti-do pelo comprador. É o que se vê na decisão da Corte de Cassação em terceiro caso, o das fotografias de Baldus.[231] Em 1986, uma pessoa vendeu, em leilão público, 50 fotografias de Baldus (um dos primeiros fotógrafos conhecidos na metade do século XIX), a 1.000 francos cada uma. O adquirente, conhecedor, conseguiu revendê-las por muito mais do que o preço de compra. Em 1989, a vendedora procurou o adquirente para propor-lhe uma segunda série de fotos de Baldus, e fixou o preço novamente em 1.000 francos cada uma.[232] A oferta foi aceita, sabendo, desta vez, que poderia vender as fotografias por valor muito maior. Em seguida, sabendo a vendedora (enfim!) que Baldus era fotó-grafo célebre, tenta anular a venda em virtude de dolo por reticência alegando que não teria, jamais, concordado em vender em tais condições se soubesse o real valor dos objetos vendidos. Os tribunais, com aprovação da Corte de Cassação, negaram o pleito, entendendo que o adquirente não tinha nenhuma obrigação de informar.

1494 A decisão protege o perito que obtém renda usando seu conhecimento salvo se tiver induzido a vendedora em erro tendo ela, vendedora, tomado a iniciativa de procurá-lo e determinado as condições da oferta. Incentiva os ven-dedores de obras de arte a tomar cuidado e fazer indagações para determinar as condições em que oferecerão as obras para venda. No caso, o preço obtido nos leilões públicos – 50.000 francos – teria justificado precauções desse tipo.

229. Fabre-Magnan 1992, nº 106 ss., p. 82 ss.

230. 716 CCfr; 938 C.c.Q.

231. Civ 1º, 3 maio 2000, *Bull. civ.* I, nº 131, D. 2000. IR. 169, *JCP* G 2001. II. 10510, note C. Jamin; ver ainda Fabre-Magnan 2004, nº 122, p. 310.

232. < http://fr.wikipedia.org/wiki/Édouard_Baldus>.

1495 Em geral a jurisprudência que resulta dessas decisões parece gerar incen-tivos cuja função se explica da perspectiva da análise econômica do direito.

3. O temor

1496 O temor reflete desequilíbrio de forças do qual a parte mais forte abusa de maneira oportunista. O contrato concluído sob efeito do medo pode não produzir ganho de Pareto. Se o perigo de acatar contratos concluídos sob efeito do medo parece evidente, o perigo inverso não pode ser afastado: ad-mitindo de forma ampla a discussão do contrato sob tal pretexto, o risco é desencorajar qualquer forma de pressão e assim impedir a formação de con-tratos que gerariam ganhos de Pareto. A preocupação de ficar entre as duas escolhas explica dispositivos existentes nos Códigos.

1497 O temor inspirado pelo cocontratante, ou mesmo por terceiro,[233] deve causar significativo prejuízo que afete a pessoa ou seus bens[234] ou, ainda, ou-tra pessoa ou seus bens,[235] desde que, seja de natureza a "impressionar uma pessoa razoável", segundo a fórmula francesa.[236] O temor reverencial apenas não basta para anular o contrato, dispõe o Código francês.[237] Esse Código pre-vê, além disso, que a anulação devida ao temor não é aceita se a vítima apro-vou, ao depois, o contrato, ou permitiu que decorresse o "prazo de restituição fixado na lei".[238]

1498 No Código de Québec, o artigo 1.404 merece destaque. A pessoa que, cien-te do estado de necessidade do cocontratante, contrata de boa-fé para subtraí-lo do temor de sério dano não deve ter o contrato anulado porque o consentimen-to estaria viciado pelo medo. A regra contrária desencorajaria qualquer inicia-tiva de dar segurança às pessoas em situação de perigo, em geral em condições difíceis; convém, pois, como prevê o Código de Québec – de acordo com o teste de Wittman – impedir o oportunismo que consistiria, para quem ajuda, em obter grande benefício ao encorajar a adoção de precauções excessivas por parte das potenciais vítimas. O artigo 1.114-3 do Relatório Catala exprime, igualmente, a intenção de evitar o oportunismo em situações similares.

> "Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de néces-sité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif."[239]

233. 1111 CCfr.
234. 1111 CCfr; 1402 (1) C.c.Q.
235. 1113 CCfr; 1402 (2) C.c.Q.
236. 1112 CCfr; le C.c.Q. não tem dispositivo correspondente.
237. 1114 CCfr.
238. 1115 CCfr.
239. Catala 2005, art. 1114-3.

"Há, também, violência quando uma parte se obriga sob pressão de estado de ne-cessidade ou de dependência, se a outra explora a situação de fraqueza retirando da convenção vantagem manifestamente excessiva."

1498a. Nota da tradutora No direito brasileiro fala-se em estado de peri-go, art. 156 CCB, que leva alguém, para salvar-se ou a pessoa da família, de grave dano desconhecido da outra parte, a assumir obrigação excessivamente onerosa. Se a vinculação visar a salvar pessoa estranha à família de quem se obriga, o juiz decidirá, segundo as circunstâncias (parágrafo único ao art. 156 CCB). O teor da norma remete ao abalo do equilíbrio prestacional que só se justificaria diante de situação peculiar e na qual a noção de salvar remete à vida ou qualidade de vida, bens de valoração complexa e subjetiva. A hipótese do parágrafo único se volta para a solidariedade.

4. A lesão

1499 De regra, a lesão é apresentada como o quarto tipo de vício do consenti-mento. O *Código Civil de Québec* a define:

"1406. La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraî-ne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation. Elle peut aussi résulter, lorsqu'un mineur ou un majeur protégé est en cause, d'une obligation estimée exces-sive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances."

"A lesão resulta da exploração de uma das partes pela outra, que gera importante desproporção entre as prestações das partes; o fato de haver desproporção importante leva a presumir a exploração. Pode ocorrer que uma obrigação seja considerada exces-siva se, comparada com a situação patrimonial da pessoa, as vantagens que obtém com o contrato e o conjunto das circunstâncias estiver envolvido um menor, ou um maior protegido."

1500 Do ponto de vista da análise econômica do direito, a dificuldade é que as coisas não têm preço "natural". Os valores são essencialmente subjetivos. O fato de vender e comprar mostra que a coisa vendida vale mais para o ad-quirente do que para o vendedor. O valor depende muito de circunstâncias de tempo e lugar. A garrafa de água que bebo quando estou sedento em dia muito quente vale mais para mim do que a que bebo rotineiramente no inver-no. O livro usado que completa minha coleção de um autor pouco conhecido vale muito para mim, mas provavelmente pouco para o adquirente médio. Se circunstâncias imprevistas e nefastas não impuserem urgente necessidade de liquidez, poderia aceitar ceder a coleção inteira por muito menos do que o valor que obteria em situação normal.

1501 Os exemplos mostram a dificuldade de determinar o que seria, ou não, desproporção significativa. Isto vale para a proporção de sete doze avos do

preço do imóvel que o Código Civil francês toma como teto, e a partir da qual o contrato é considerado como causador de lesão.[240]

1502 À falta de critérios objetivos, pode-se analisar o conceito pelo ângulo subjetivo, quer dizer, dos fatores que caracterizam a situação do lesado ou as circunstâncias da contratação? Esta é sem dúvida a função prevista para os casos de exploração. Mas, afora casos de vícios do consentimento já examina-dos, é difícil ver como o conceito nos dá maior controle sobre o problema.

1503 O codificador percebe o problema ao dispor que a lesão não é causa de nulidade salvo em casos especiais, que não incluem as convenções entre adul-tos capazes:[241] cada um, no que se refere a cuidar de seu próprio interesse, é considerado o *cheapest cost avoider*. Admite-se a lesão em relação a menores e maiores protegidos. Trata-se, nesses casos, do ponto de vista econômico, de forma de paternalismo suave. É o que se dá em relação aos consumidores.[242] A lei de Québec procura esclarecer o conceito de lesão acrescentando à fór-mula que prevê que "a obrigação do consumidor é excessiva, abusiva ou exor-bitante"; o Código francês do consumidor emprega a fórmula de "abuso da fraqueza ou da ignorância de uma pessoa"[243] que faz referência às circunstân-cias da conclusão do contrato e parece estender o escopo do dolo e do medo. Vê-se a intenção de captar formas de oportunismo. Os termos não resolvem as dificuldades; indicam, porém, que não se deve invocar o conceito a não ser excepcionalmente.

1503a. Nota da tradutora O direito brasileiro define "lesão" no art. 157 do CCB, fundando-a em necessidade premente ou inexperiência quando a pres-tação a que se obriga é manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Ou seja, o sinalagma econômico é quebrado desde o momento em que o negócio foi celebrado. O remédio previsto na lei é o reequilíbrio pres-tacional, seja por redução do proveito pela parte beneficiada, seja por alguma forma de compensação. Inciso do art. 6º da legislação de consumo brasileira determina a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desprorpocionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tor-nem excessivamente onerosas. Pode-se classificá-la como paternalismo suave mas que, dependendo da leitura judicial, poderá ser paternalismo duro.

1504 A observação de Jolls, sobre *Behavioural Law and Economics* pode ofere-cer elementos para solucionar o enigma, segundo a qual o observador médio entenderia ser iníquo o contrato concluído que se desviasse de forma rele-vante da ideia que faz da "convenção de referência" *(reference transaction)* em

240. 1674 ss. CCfr.

241. 1118 CCfr; 1405 C.c.Q.

242. Lei sobre a proteção do consumidor art. 8.9 LRQ c. P-40-1.

243. Por ex. Código do consumidor 122-10.

circunstâncias semelhantes?[244] Pesquisas sobre a interface entre economia e psicologia cognitiva poderão dizer o quê?

c. Alguns tipos particulares de contrato

1. O contrato de adesão e o consumidor

1505 O contrato de adesão é aquele no qual as cláusulas ou estipulações es-senciais são determinadas ou pré-redigidas por uma das partes e propostas à outra para aceitação, sem que possam ser livremente discutidas.[245] O instituto não é bem visto pela doutrina civilista. Fabre-Magnan escreve, de forma lapi-dar, que é "um contrato não negociável e, portanto, não negociado".[246] Pineau e outros descrevem seus perigos:

> "Os contratos de ou por adesão não são raros, sendo, notadamente – não exclusiva-mente – consequência de situações de monopólio ou de quase monopólio ou, ainda, da produção e distribuição em massa, fenômeno que ganha cada vez mais importância. O perigo é certo: a parte contratante em posição de força poderá tirar proveito da posição de fraqueza da outra, ao lhe impor, sem possibilidade de discussão, as condições e, notadamente, cláusulas que podem se mostrar exorbitantes, inaceitáveis, abusivas."[247]

1506 E, mesmo assim, esses contratos são comuns, usuais. A distribuição mas-siva está na base da economia moderna. Há contratos por adesão nas compras feitas em supermercados, lojas de departamentos, lavanderias e tinturarias, reservas de apartamentos em hotéis ou passagens de avião, na subscrição de seguros, compra de ingressos para espetáculos e, por aí vai. Tais indústrias operam, normalmente, em regime de concorrência.

1507 Claro que os monopólios, com frequência, empregam contratos de ade-são. Mas os verdadeiros monopólios são pouco numerosos. Eletricidade, te-lefonia, transporte, meios de comunicação, todas indústrias até recentemente monopolistas estão sendo abertas para a concorrência. Em situações em que esses serviços são oferecidos sob forma de monopólio (natural) observa-se que a natureza da oferta do serviço é, em geral, fiscalizada por organismo regulador ou submetida a normas de direito administrativo. O problema, se é que existe, dos contratos por adesão não deriva de imperfeição do mercado que é o monopólio.

1508 Para o economista, o contrato de adesão espelha o esforço para obter rendi-mentos de escala modelando, juridicamente, operações de mercado.[248] Visitando

244. Jolls 2007, 31-33.

245. 1379 C.c.Q.; Lluelles/Moore 2006, nº 196, 87.

246. Fabre-Magnan 2004, nº 82, p. 202.

247. Pineau/Gaudet 2001, nº 24, p. 66.

248. Ver entre outros Trebilcock/Dewees 1981, Katz 1998a, Hatzis 2006.

alguns países mediterrâneos o ocidental se espanta por ter de negociar o preço de flores que deseja oferecer à pessoa que o convida para jantar. A negociação individual do contrato gera custos de transação que o ocidental imaginaria não valerem a pena, tendo em vista os pontos ou questões. A seu ver, os dois contratantes podem melhorar sua posição padronizando o preço dos bens à venda, gastar menos tempo para contratar e concluir mais contratos por dia. O cliente que não gostar do preço ou outras condições de venda padronizadas irá buscar outro fornecedor; ele “vota ou escolhe com os pés”. A concorrência se manifesta não pelo nível de elementos individuais do contrato a ser cele-brado, e sim entre o conjunto objeto + preço + condições contratuais. Esse resultado se explica facilmente em termos de custo de pesquisa no teste de Wittman.

1509 Não é preciso dizer que a parte que atua em grande escala toma a iniciati-va ao perseguir os ganhos e modela o clausulado contratual. Entre comercian-tes podem ser os dois. Cada parte pode tentar celebrar o contrato contendo as cláusulas e condições que redigiu, enviando formulários padronizados para aceitação pela outra. Se nenhuma das duas protesta contra as condições propostas, pode-se ter, em caso de incompatibilidade de conteúdo dos dois formulários, que, simultaneamente regem o contrato, o que a doutrina deno-mina a batalha dos formulários (*battle of the forms).*[249] Para estimular as partes a evitarem cláusulas e/ou condições que gerem tais incompatibilidades, cer-tos autores recomendaram que os tribunais considerem, dos dois contratos, o que for mais “razoável” (*reasonable)* sem tentar propor outras soluções. Ben Sharar usa a expressão *reasonable shot rule,* para designar essa abordagem.[250] Isso deveria diminuir o interesse em modelar cláusulas draconianas ou muito unilaterais.

1509a. Nota da tradutora O direito privado brasileiro vê nos contratos de adesão instrumento que, por ser elaborado por apenas uma das partes, pode conter cláusulas ambíguas ou contraditórias e que, por falta de negociação que permita explicitá-las, removendo as dificuldades interpretativas, determi-na que serão interpretadas da forma mais favorável ao aderente. Isto reduz, ou deveria fazê-lo, o oportunismo de quem redige o instrumento, mas pode faci-litar o oportunismo do aderente faltando critérios claros quanto à interpreta-ção que será feita, de regra, por magistrados. Prevê-se pena de nulidade para cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito próprio da natureza do negócio. Fácil concluir que a “privação” antecipada de direitos desbalanceia a relação, portanto deve ser coibida.

1510 Bem diferentes são os problemas do contrato padronizado nas relações entre comerciante e consumidor. Quem é o consumidor? De fato, em algum

249. Ver Ben-Sharar 2005 para resumo da discussão.

250. Ben-Sharar 2005.

momento, somos todos consumidores. A especificidade do consumidor está em atuar em pequena escala. Isso vale para suas ações no mercado assim como pelas medidas que poderia adotar. Qualquer pessoa que tome decisões não pode usar recursos ilimitados na pesquisa da informação antes de con-cluir um contrato no mercado para evitar decisões más ou fazer respeitar seus direitos. Aquilo de que pode dispor é limitado pelo desafio da sua decisão, quer dizer, pela diferença na escolha entre resultados de uma boa decisão e os da opção ruim ou, de outra forma, o custo de eventual arrependimento. Como o consumidor atua em pequena escala arrisca-se, em comparação com quem decide por uma grande organização, a agir com informação bastante incompleta mal dominando os aspectos complexos da decisão, ou aqueles de baixas probabilidades, e, por essas mesmas razões, negociações demoradas ou procedimentos onerosos, para ele, não valem a pena.[251]

1511 Na relação comerciante-consumidor é o comerciante – operador em larga escala – que, sozinho, tomará a iniciativa de modelar o contrato; o consumi-dor não opera em escala suficiente para fazê-lo. O consumidor, por sua vez, diante dessa prática contratual, pode escolher entre o preço mais baixo e a maior diversidade dos bens ofertados, mecanismo que, como outros rendi-mentos de escala existe em mercado concorrencial.

1512 No contrato dito por adesão, a discussão do contrato tradicional, entre pessoas, não se dá individualmente. Seria falso pretender que o contrato seja imposto ao consumidor contra sua vontade. O contrato deve sempre visar a gerar ganho para as duas partes (ganho de Pareto); ou elas não se obri-gariam. Os consumidores, eventualmente pequena minoria apenas, que não gostam das condições propostas mudam de fornecedor – "votam com os pés". A concorrência aparece com a pressão que exercem. O fornecedor que perde clientes fará mudanças nos conteúdos contratuais propostos para atender às preferências desses consumidores. A discussão do contrato tem lugar, se as-sim se pode dizer, no plano coletivo pela mudança da demanda.

1513 Essa discussão virtual do contrato sob perspectiva coletiva funciona se os conteúdos onerosos para os consumidores atraírem sua atenção e provoca-rem mudança de parte da demanda. Aqui o ponto nevrálgico: em relação aos contratos que o consumidor celebra, de regra, não se justifica muito empenho em pesquisa, negociação, tempo para analisar o contrato padrão proposto. O consumidor se vê compelido a recorrer a fórmulas simplificadoras e de econo-mia de seu tempo (racionalidade limitada). Ou seja, as questões menores não justificam, em geral, incorrer nos custos da justiça para fazer respeitar seus direitos.

1513a. Nota da tradutora A legislação brasileira vê o consumidor como vulnerável na relação com o fornecedor, ainda que ambos sejam profissionais.

251. Ver Mackaay 1982, c. 9, 193-221; Ogus 2006, c. 8, 219-252.

O art. 6º da Lei nº 8.078/1990 elenca os direitos básicos do consumidor, entre os quais informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, destacan-do-se a informação sobre riscos, a inversão do ônus da prova a seu favor e a composição por danos, entre outros. Também como forma de incentivo aos produtores, a responsabilidade objetiva, com exceção para certas atividades, é forma de estimular a qualidade na fabricação e na prestação de informações.

1514 Em relação aos contratos de adesão a consequência é que o consumidor presta atenção apenas aos elementos especialmente sublinhados ou que se refiram mais diretamente à vantagem que espera obter com o contrato, mas considera aceitas as demais. Ora, esta previsível falta de atenção tende a abrir a porta, na formulação do contrato, para a inserção de cláusulas que não se-rão aplicáveis senão raramente – caso contrário teríamos, rapidamente, êxodo dos consumidores para os concorrentes! – mas muito desvantajosas para o consumidor afetado. A assimetria pode ensejar comportamentos oportunistas cujo efeito seria privar o consumidor de parte ou da totalidade do ganho que espera obter celebrando o contrato. Prevendo tal risco a maior parte dos consumidores aumentará as medidas de precaução antes de se obrigar. Tal reação, por sua vez, provocaria resposta dos fornecedores propondo garantias espe-cíficas sobre os pontos que levam às precauções mediante, eventualmente, preços um pouco mais elevados. Mas, esta dinâmica geral pode abrir espaço para falhas em casos particulares.

1515 Para a autoridade pública põe-se a questão, aplicando o teste de Wittman, de saber se intervenção proibindo ou corrigindo certas cláusulas gera econo-mias suficientes nas precauções que, de outra forma, seriam adotadas pelos consumidores para compensar as perdas (custos de oportunidade) de con-tratos mais vantajosos que alguns negociariam sem tal intervenção, e dos custos adicionais que recaem sobre os fornecedores. Claro, se for necessário impedir a prática de contratos de adesão, as perdas seriam, sem dúvida, mais importantes do que as economias de escala obtidas. Observa-se que os direi-tos modernos, sob a égide do direito do consumo,[252] interveem pontualmente contra os agentes atacadistas para impedir ou corrigir cláusulas ou práticas que possam servir de instrumento para comportamentos oportunistas prejudiciais aos consumidores. Isso será tratado na discussão do conceito de ordem pública abaixo.

1515a. Nota da tradutora O direito brasileiro, no plano das relações de consumo, talvez tenha extrapolado ao não distinguir o consumidor leigo do consumidor profissional, que tem ou deveria ter conhecimento sobre os pro-dutos ou serviços que escolhe, assim como não separa, nesse universo de adquirentes, os insumidores. Isso pode ensejar comportamentos oportunistas se os tribunais não atentarem para tais peculiaridades.

252. Sobre o histórico desse direito, ver Carbonnier 1996, nº 6, p 22-23.

2. O contrato relacional

1516 Há circunstâncias em que as partes contratantes desejam estabelecer re-lação de cooperação de longa duração porque parece oferecer vantagens de estabilidade em oposição a uma sucessão de contratos pontuais que poderiam celebrar. As empresas envolvidas em projetos conjuntos de pesquisa e desen-volvimento poderiam estar em tal situação. A franquia é outro exemplo.[253] O casamento foi considerado como outro exemplo de contrato relacional.[254] A problemática foi discutida sob diferentes denominações: contratos relacio-nais[255] pelos juristas; relações simbióticas;[256] contrato de longa duração pelos economistas.[257]

1517 Para o jurista é difícil encontrar uma definição satisfatória de contrato relacional.[258] Hviid distingue o contrato relacional e o de longa duração sem indicar como fazê-lo.[259] O contrato relacional opor-se-ia ao contrato discreto ou pontual. Suporia relação pessoal entre as partes em relação à troca (no sen-tido econômico) derivada do contrato. Observa-se que o contrato de *leasing* de um avião pode ser de longa duração embora não requeira relação pessoal se os pagamentos forem feitos no prazo; entretanto o contrato para renovar o jardim pode ser de curta duração, mas dá lugar a uma relação intensa entre o dono da obra e o jardineiro. Qual contrato não requer relação pessoal?[260]

1518 O contrato relacional seria voltado para a cooperação mais do que aos interesses egoístas dos contratantes; as partes aceitariam, desde o início, a divisão dos riscos;[261] a relação – de longa duração – entre as partes importaria mais do que as obrigações precisas dos contratantes; a boa execução do con-trato seria devida mais às boas relações das partes do que à intervenção de tri-bunais. Esses contratos deveriam ser pensados levando em conta fenômenos como as assimetrias de informação, oportunismo e a necessidade de garantir a execução do contrato entre as partes.[262]

1519 É preciso admitir que a teoria clássica do contrato não acomoda bem con-tratos de longa duração. Seu *foco* é o entendimento pontual, aquele que pode

253. Sobre a economia do contrato de franquia: Klein/Saft 1985; Mathewson/Winter 1985; Klick et al. 2006.

254. Scott/Scott 1998.

255. Macneil 1974, 1981, 1985, 2000; Goldberg 1980, 1985, 1998.

256. Schanze 1991, 1993, 1998.

257. Hviid 2000.

258. Eisenberg 2000, 813.

259. Hviid 2000.

260. Eisenberg 2000, 816.

261. Speidel 2000, 845.

262. Goldberg 1980, 337.

ser executado imediatamente ou em lapso de tempo previsível como a venda, o contrato de empresa ou de serviços ou, ainda, o contrato de seguro. Para tais contratos pode-se pedir às partes para, antes de considerar o contrato concluí do, sem hesitação precisarem o conjunto de operações nos seus elementos essenciais.

1520 Na medida em que as relações se prolongam fica cada vez mais ilusório pretender, no momento inicial do entendimento, precisar até mesmo os ele-mentos essenciais da cooperação por todo o tempo; certamente alguns deles serão definidos com precisão ao longo da execução do contrato. As partes buscam um acordo inicial definindo o quadro geral de sua cooperação e acei-tam a ideia de que mais tarde chegarão a se entender (*agreement to agree)* sobre outros elementos, até essenciais, conforme a evolução das coisas.

1521 Depois dos primeiros textos que chamaram a atenção para o contrato re-lacional, a análise econômica do direito evolui para estudar fenômenos como assimetria de informação, oportunismo, necessidade de garantir a execução do contrato se possível sem recorrer aos tribunais. Oferecemos importantes desenvolvimentos neste capítulo

1522 Dificuldade importante do contrato relacional parece decorrer do fato de que, não podendo precisar, no momento da contratação, o conteúdo essencial da operação, seja preciso determinar as balizas para os entendimentos que o completarão e, sobretudo, na eventualidade de o judiciário ser acionado em virtude de impossibilidade de as partes se entenderem, quais os critérios a serem utilizados. Demais disso, nos entendimentos complementares, no conjunto da relação, a boa-fé e, portanto, a sanção ao oportunismo, deve pre-valecer, de sorte que nenhuma das partes tente, de maneira oportunista, tirar proveito das lacunas que deliberadamente aceitaram, para fazer uma redistri-buição de ganhos em seu favor.[263]

1522a. Nota da tradutora A não recepção da norma do Código Comercial de 1850, que remetia aos usos e costumes da praça para completamento de contratos incompletos, constitui problema para a interpretação dos relacio-nais. A exigência de boa-fé, conforme regra do art. 422 do Código Civil Brasi-leiro, embora perfeita, poderia ser mais eficiente se combinada com os usos e costumes, instituições sociais criadas pelas comunidades.

1523 A importância de controlar o oportunismo foi evidenciada de forma im-pressionante em estudo empírico de Klick e outros, sobre a franquia.[264] Os contratos de franquia contêm, muitas vezes, cláusulas bem rigorosas que permitem ao franqueador resolver o contrato se o franqueado negligenciar suas obrigações. Para o franqueador trata-se de controlar a carona que afetará toda sua rede. Denunciamos essa prática como permissiva do franqueador

263. Speidel 2000, 846.

264. Klick et al. 2006.

de se apossar do mercado dos estabelecimentos franqueados mais lucrativos. Comparando os estados norte-americanos observa-se que quanto maior for o controle estatal de tais cláusulas haverá menos estabelecimentos de cadeias de franquias administrados por franqueado ou pelo próprio franqueador. Para o franqueador, o controle do oportunismo parece condição essencial do contrato.

1524 O juiz, se acionado para intervir em litígio derivado de operação de fran-quia, deve apoiar-se na boa-fé a fim de solucionar a diferença entre partes. Isso não é específico dos contratos relacionais, mas é pertinente no caso de contrato de longa duração. Parece que McKendrick e Eisenberg apontaram, justamente, tais problemas para explicar por que o direito não desenvolveu o corpo de normas especiais para contratos relacionais.[265]

3. O contrato eletrônico

1525 A Internet é fonte de importantes mudanças na forma de concluir contra-tos. Será que isso nos obriga a rever, de cabo a rabo, o direito dos contratos? Essa é a questão a ser examinada adiante.

1526 À primeira vista, esse novo mercado parece bastante diferente daquele dos bens materiais. A oferta de bens difere: no mundo físico, todos os bens à venda devem, de alguma forma, "ocupar espaço" nas prateleiras, o que dirige a oferta para um número relativamente determinado de bens tendo em vista o que vende bem para a clientela local; na Internet não há esse tipo de restrição sendo possível ganhar a vida ofertando uma imensa variedade de coisas, cada uma atraindo apenas alguns clientes, mas que, espalhados pelo mundo, fazem com que o número total de compras seja comparável ao atingido no universo dos "grandes vendedores". Daí ser necessário alcançar clientes por todo mun-do – o que a Internet permite –, pôr à sua disposição um motor de busca eficaz que facilite descobrir coisas pouco conhecidas, desenvolver sistema de perfis de interesse dos clientes para orientá-los para bens que os interessem, orga-nizar rede eficaz de entrega.[266] Indaga-se se tal plano de negócios é aplicável fora das indústrias de "media" e diversão.

1527 Pela Internet não é possível inspecionar as coisas a serem compradas; elas se tornam *"experience goods"*. Entretanto, como a informação circula mais facilmente, os vendedores têm interesse em fornecer informação para descre-ver ou mostrar seus bens e os adquirentes em partilhar suas experiências com outros potenciais adquirentes. São oferecidos diferentes sistemas de acredita-ção e de partilha de experiências. Podemos usar mecanismos (*bots*) para cap-tar informações sobre e fazer comparações antes da compra. As comparações

265. McKendrick 1997; Eisenberg 2000.

266. Anderson 2004, 2007.

são mais facilmente realizadas do que no mercado clássico.[267] O pagamento é simplificado.

1528 Em troca o acesso mais fácil para todos cria problemas de segurança: os malfeitores também têm mais fácil acesso. Devem-se, pois, adotar precauções especiais para enviar ordens e para pagar. Há sistemas em que um agente no qual se confia indica uma pessoa, ainda desconhecida, como faz a Amazon na venda de bens usados acessíveis no seu *site*.

1529 O direito entende que qualquer contrato usando a Internet é concluí-do por escrito. Forçosamente será pré-redigido e será contrato de adesão. Pode ser mais limitante na medida em que, redigido de forma técnica, impede qualquer ação não autorizada pelo cliente: o código está no código, conforme a célebre fórmula de Lessig.[268] Pesquisa psicológica mostra que lemos mais devagar e menos atentamente a tela do que o papel e, em consequência, é preciso escrever os conteúdos da Internet.[269] A aceitação do contrato ocorre, em geral, por simples clique, ato banal que não é, de regra, considerado com força jurídica – sendo necessário examinar como o consentimento pode ser determinado e, se necessário, reforçado para oferecer a mesma proteção do consentimento clássico, que acabamos de examinar.[270]

1530 Dado que o cliente não pode inspecionar o bem antes da compra é pre-ciso prever modalidades para que tenha controle sobre o uso e devolvê-lo se não ficar satisfeito (faculdade de arrependimento). No universo da Internet é muito fácil concluir contratos com parceiros localizados fora do país de resi-dência e submetidos a sistema jurídico diferente. Este problema é conhecido no direito internacional privado, mas ganha, aqui, característica particular na medida em que é o consumidor, que age em pequena escala, quem sofre com o problema. As soluções propostas pelo direito do consumidor clássico – pre-sunção de que o contrato tenha sido concluído no domicílio do consumidor, e que seu direito nacional seja aplicável – não são adequadas para a realidade da Internet. A pequena escala em que o consumidor opera torna ilusório o recur-so a mecanismos tradicionais de resolução de conflitos; é preciso encontrar formas pouco onerosas de mediação/arbitragem para resolver as diferenças, mas, sobretudo, reforçar os mecanismos de mercado (informações, acredita-ções, efeitos reputacionais etc.), complementares. Sem isso, o mercado ele-trônico não será viável.

1531 Essas particularidades levam a reconsiderar os tradicionais princípios do direito dos contratos? Com Katz, permitimo-nos duvidar.[271] Não se ignoram

267. Zettelmeyer et al. 2005.

268. Lessig 1999, 2006.

269. Nielsen et al.

270. Gautrais 2004, 2005.

271. Katz 2004; ver também Gautrais/Mackaay 2001.

quaisquer das particularidades específicas do mercado clássico no espaço ci-bernético, ainda que sua combinação possa ser desconhecida. O consensua lismo permite experimento para encontrar formas mais bem adaptadas: a Internet oferece o pano de fundo de uma ordem espontânea que se forma sob nossas vistas. Teria, contudo, falhas: novas técnicas criam novas possibilida-des de oportunismo, quando não de fraude.

1532 Como o mercado que se desenvolve na Internet, sob nossas vistas, é ma-nifestamente viável, há se que concluir que os agentes encontraram soluções para as questões aqui levantadas. O jurista deve ficar atento, compreender as funções e embasá-las usando as categorias tradicionais. Para participar na formação do direito da Internet, é preciso dispor de ferramental relativamente aberto – como a boa-fé. Há interesse em adotar abordagem funcional, como a proposta pela análise econômica do direito, o que pode ser feito pelas insti-tuições jurídicas e as práticas complementares do mercado.

2. A CAPACIDADE PARA CONTRATAR

1533 Algumas pessoas têm discernimento reduzido. Arriscam-se a errar se os contratos que venham a celebrar tiverem de ser executados literalmente. Nes-ses casos o paternalismo suave pode ser aplicado, e consiste em impor sanção de nulidade aos atos se não tiverem sido assistidas por pai, tutor ou curador, conforme o caso,[272] permitindo-se, nada obstante e sem entraves, contratos necessários para as atividades ordinárias de vida ou emprego a fim de que se obtenham ganhos.[273] O paternalismo suave se manifesta quando atos prati-cados sem autorização podem ser declarados nulos apenas a pedido da pes-soa protegida,[274] e apenas se impuserem prejuízo, conforme dispõe o Código de Québec.[275]

1534 Possível recorrer a outra ferramenta para punir o oportunismo contra pessoas protegidas, a lesão.[276] A rescisão do contrato por lesão não é admiti-da, pelo Código francês, se resultar de "evento casual e imprevisto",[277] o que mostra o propósito de punir o oportunismo e não simplesmente refazer o contrato.

1534a. Nota da tradutora Vejam-se comentários anteriores à capacidade e vícios da vontade.

272. 1124 CCfr; 1409 e 153 ss. C.c.Q.
273. 1308 CCfr; 156, 157 C.c.Q.
274. 1125 CCfr.
275. 163 C.c.Q.
276. 1118 e 1305 CCfr; 1405 C.c.Q.
277. 1306 CCfr.

1535 Durante muito tempo, a mulher casada foi considerada pessoa a ser pro-tegida, incapaz de agir juridicamente sem o consentimento do marido ou isenção geral. A crescente participação das mulheres na vida econômica fez notar que havia excessiva intervenção – nos termos do teste de Wittman – em que os custos de oportunidade superavam as presumidas vantagens. Na metade do século XX, esse regime de proteção foi, nas sociedades ocidentais, abolido.

1536 Restrições específicas sobre a capacidade de praticar atos jurídicos po-dem ser justificadas se houver risco de conflito de interesses e, portanto, risco de atos oportunistas. É o caso de quem, devendo vender ou administrar um bem desejaria comprá-lo.[278] Ou, ainda, o caso de juízes, advogados, notários e (outros) oficiais de justiça, em relação aos direitos objeto de litígio.[279] A in-tervenção consiste, nesses casos, em declarar nulidade absoluta que pode ser arguida por qualquer um e até de ofício pelo tribunal.

3. AS PRESTAÇÕES

1537 As prestações das partes – o bem a ser entregue ou o serviço a ser pres-tado – de um lado, e o preço a pagar, do outro – devem, normalmente, ser determinados para que o contrato seja considerado concluído. Se não o forem, a solução mais interessante é, como vimos, recusar validade ao contrato para incentivar as partes a completarem a negociação.

1538 A regra, sensata para a maioria das situações, é inconveniente se tais elementos não puderem ser perfeitamente determinados ou se ainda não exis-tirem no momento de contratar, desde que as partes considerem interessante fixar o acordo inicial. Pode ser o caso quando o preço flutue – caso de taxas de câmbio – no mercado mundial. Igualmente, a natureza precisa da coisa a ser entregue pode depender de fatores que não sejam, ainda, completamen-te conhecidos: a quantidade da colheita do próximo ano; sendo interessante vendê-la, quer a preço fixo, quer a preço unitário ajustado, o que auxiliará o produtor a conseguir financiamento. Da mesma forma, deve ser possível acordar a respeito da venda de coisa a ser fabricada (um automóvel de série com algumas opções específicas) ou construída (o navio Queen Mary II); nes-ses casos, também, os contratos facilitam o financiamento. As partes podem querer concluir um contrato “por preço a ser definido” ou “de fornecimento conforme a necessidade”.[280]

1539 Rejeitar a validade de contratos em situações semelhantes gera custos de oportunidade. Para aceitá-los, é preciso encontrar meio de evitar o risco do

278. 1596 CCfr; 1709 C.c.Q.

279. 1597, CCfr; 1783 C.c.Q.

280. Bell 1987, 238.

oportunismo que consistiria em deixar que uma das partes determine, unila-teralmente, o alcance da prestação à qual o contrato a obriga.

1540 Tradicionalmente o meio desenvolvido pela teoria dos contratos é a regra que considera o contrato formado desde que o preço e o bem sejam, ao me-nos, determináveis,[281] em momento futuro segundo procedimento convencio-nado entre partes, o que exclui a determinação unilateral por uma delas.[282] No contrato de prestação de serviços (empresa) esta solução deve ser adaptada à realidade das construções complexas, em que as adaptações são acordadas informalmente no curso da operação, sem negociação especial a respeito de cada uma, sendo o preço estabelecido pelo empresário segundo os critérios usuais. O Código de Québec admite tal prática se o contrato não for celebra-do por preço fixo.[283] Eventualmente até o preço, nos termos do Código de Québec, pode ser determinado segundo o valor dos trabalhos prestados.[284]

1541 A jurisprudência francesa admite que a disposição que atribui a uma das partes o direito de fixar o preço por si só não é causa de nulidade. A nova re-gra foi formulada pela Corte de Cassação por ocasião de dois casos tratando de contratos celebrados por telefone. O oportunismo que se temeria é con-trolado verificando-se haver, na execução de tal cláusula, abuso na fixação do preço (que consistiria em atribuir lucro ilegítimo), o que não fora alegado no caso.[285] Esta jurisprudência substitui critério formal – o preço deve ser deter-minável sem interferência de vontade unilateral de uma das partes – por teste de conteúdo, em princípio mais complicado [delicado], do comportamento da parte que exerce direito unilateral.

1542 As prestações devem ser possíveis. O contrato sobre mercadoria não mais fabricada, ou cuja exportação seja proibida pelo país de origem, é nulo. Vale, nesses casos, apenas a impossibilidade absoluta; sendo possível obter o bem em outro local, a obrigação continua. Regra contrária poderia incentivar o oportunismo. Tais considerações nos aproximam da questão quanto a deter-minar se a inexecução do contrato é justificada, após ser concluído, se a exe-cução se tornar muito onerosa para uma das partes. A questão será discutida na inexecução do contrato.

1542a. Nota da tradutora A obrigação de dar coisa certa está prevista no Código Civil Brasileiro que, no art. 234 contempla a exceção, que resolve o contrato, na hipótese de perda da coisa sem culpa do devedor, que, entretanto deverá responder pelo equivalente acrescido de perdas e danos se culpado.

281. 1129-1130 CCfr; 1373 (2), 1374 C.c.Q.; Carbonnier 1996, nº 55, p. 112; Pineau/Gaudet 2001, nº 130, p. 274, Fabre-Magnan 2002, nº 129, p. 324 ss.

282. Fabre-Magnan 2002, nº 129, p. 326.

283. 2106-2109 C.c.Q.; 1793 CCfr considerando o contrato de preço fixo.

284. 2106 C.c.Q.

285. Caso *Alcatel-I*, Civ. 1º, de 29 de novembro de 1994, *Bull. civ.* I, nº 348; caso Alcatel-II, de 1º dezembro de 1995, plenária, *Bull. Ass.* plén. nº 9; Fabre-Magnan 2002, nº 129, p. 327-328.

1543 O direito civil permite a contratação de coisas futuras.[286] Isso tem que ver com a parte que se obrigada a garantir que poderá entregar a coisa no momen-to acordado.

1543a. Nota da tradutora Em relação a coisa futuras, o Código Civil Brasi-leiro, classifica o contrato como aleatório, dado o risco de não virem a exis-tir. (art. 458 e segs.). A preocupação do legislador parece visar à inibição de oportunismos.

1544 As prestações devem se referir a coisas que estejam no comércio. Já dis-cutimos este conceito no capítulo referente a propriedade e direitos reais: tirar uma coisa do comércio espelha forma de paternalismo, que é preciso jus-tificar. De modo similar, as prestações não devem infringir a ordem pública. Isso será discutido adiante.

4. A CAUSA

1545 Tradicionalmente não desejamos recorrer à autoridade pública em relação a contratos, de outra forma válidos, que tinham escopo ilícito ou não demons-travam razão válida para a parte se obrigar. No caso de escopo ilícito, o direito detecta conflito com a ordem pública[287] e os bons costumes (a moral), esta expressão de conteúdo essencialmente sobre a moralidade sexual vigente. Trataremos da ordem pública adiante.

1546 O segundo fator tem história mais complexa. No direito canônico o con-trato não poderia ser válido salvo se, para cada parte, a prestação da outra constituísse motivo válido para se obrigar, quer dizer, essencialmente uma contrapartida honesta.[288] Se, desde o comprometimento, a causa fosse ilu-sória, o contrato seria nulo.[289] Na *common law,* a *consideration* tem papel se-melhante: o compromisso sem *valuable consideration* é nulo. Na *common law*, porém, ao contrário do direito canônico, em que a *causa* convida a fazê-lo, o juiz não indaga a respeito do equilíbrio entre as prestações.[290] Se a prestação de uma das partes se tornar impossível a obrigação da outra parte não teria mais causa e o contrato seria, por esta razão, nulo.

1547 Os modernos direitos civis mantêm o conceito de causa,[291] mas a veri-ficação do equilíbrio prestacional desapareceu, afora da hipótese de lesão e

286. 1131 CCfr.

287. 1411 C.c.Q., lido com o art. 1385 e o art. 1410 C.c.Q., expressamente o prevê.

288. Walker 1980, Vº *cause*.

289. Regra mantida no projeto Catala 2005, art. 1125.

290. Walker 1980, Vº *consideration*; Cordero Moss 2007, 8. Pineau/Gaudet 2001, nº 152, p. 300, insistem na diferença entre a *cause* e a *consideration*.

291. 1131 CCfr; 1371, 1411 C.c.Q.

alguns casos análogos.[292] Lluelles e Moore sustentam que, no caso de dese-quilíbrio muito grande, a causa ainda tem espaço apoiando-se, para tanto, em decisão de primeira instância de Québec.[293] O futuro dirá se os tribunais aceitarão entrar nesta dança.

1547a. Nota da tradutora A onerosidade excessiva é relacionada, no direito pátrio, a contratos de execução continuada ou diferida, supondo a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, podendo ensejar a resolu-ção do contrato (art. 478) ou, para evitá-la, a renegociação alterando, de for-ma equitativa, as condições do contrato (art. 479). Não parece haver relação com a causa do negócio jurídico e, sim, com a incerteza, impossibilidade de previsão de medidas preventivas.

5. A ORDEM PÚBLICA E AS CLÁUSULAS ABUSIVAS

a. *A ordem pública*

1548 Se, de maneira geral, o bem-estar de todos aumenta em razão da liberda-de de cada um celebrar acordos que lhe propiciem ganhos, tal avanço pressu-põe um quadro de condições gerais sem o qual a liberdade individual poderá interferir no bem-estar de todos, o que o jurista traduz na noção de interesse geral. Assim, o contrato de cartel pode, talvez, ser proveitoso para os contra-tantes, porém reduz o bem-estar de todos: haveria menos inovação e os pre-ços mais altos impediriam acesso de certos consumidores ao bem ou serviço. A liberdade individual deve ter limites.[294]

1549 Ordem pública é conceito utilizado para captar o conjunto dessas con-dições. Constitui limite geral à liberdade contratual.[295] Engloba a ordem po-lítica e a organização social, os bens coletivos postos à disposição de todos, a liberdade das pessoas e a de constituir família, a organização de mercados. O conceito de bons costumes, recaindo essencialmente sobre a moralidade sexual em vigor, é, usualmente, considerado parte da ordem pública.[296]

1550 Ordem pública seria "esta ordem opaca e mutante […] necessária à manu-tenção da organização social e ao bem-estar da sociedade em geral".[297] A ordem pública (*illegality*) separa a esfera privada, em que os agentes privados podem

292. Fabre-Magnan 2004, nº 142, p. 365 ss.

293. Lluelles/Moore 2006, nº 1064.5, p. 539; Moore 2003, 96; *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] RJQ 1397 (CS).

294. Flour/Aubert 1975, nº 275, p. 204; Carbonnier 1996, nº 69, p. 134.

295. Flour/Aubert 1975, p. 72 nº 100.

296. Cornu 200, Vº b*onnes moeurs et ordre public*. [bons costumes e ordem pública].

297. Pineau/Gaudet 2001, nº 157, p. 311.

agir como desejarem, da esfera pública, que é intocável.[298] As normas de ordem pública expressam uma forma de paternalismo, notadamente o perfeccionismo social. Nela encontramos as noções econômicas de externalidade e poder de mercado apontadas no início do capítulo como limites à liberdade de contratar.

1551 Também no início do capítulo foram introduzidos dois outros fatores: as as-simetrias de informação e a racionalidade limitada das pessoas. Vimos, depois, que no contexto irrestrito da liberdade contratual esses dois fatores podem produzir, para alguns – trabalhadores, consumidores, locatários residenciais, segurados, adquirentes de moradias em construção – "acidentes de percurso" que estimularão todas as potenciais vítimas a adotar precauções individuais onerosas. Uma parte, ao menos, dessas precauções poderia, segundo o teste de Wittman, ser vantajosamente substituída por normas corretivas públicas.

1552 O legislador emprega a expressão "ordem pública" quando, expressamen-te, pretende dar natureza imperativa a uma disposição, em contraposição à natureza da supletiva que tem um modelo mas permite que as partes ajustem diferentemente. Não é possível derrogar, por convenções privadas, normas de ordem pública e bons costumes, diz o artigo 6º do Código Civil francês. No mesmo sentido, o *Código Civil de Québec* prevê, no artigo 8º, que não se pode renunciar ao exercício de direitos civis, salvo na medida permitida pela ordem pública, e, no artigo 9º, que o exercício de direitos civis não pode derrogar diretos que interessem à ordem pública. O Código de Québec particulariza a finalidade da ordem pública nos artigos 1.411 e 1.413 que permitem inquinar de nulidade contratos com causa ou objeto contrários à ordem pública e aos bons costumes, como fazem os artigos 1.131 e 1.133 do Código francês.

1553 Poder-se-ia esperar que todas as leis, todas as disposições imperativas, contribuam para a nobre função de manter a ordem pública perfeitamente compatível com a maximização do bem-estar no sentido econômico. Entre-tanto, como o capítulo sobre as escolhas coletivas (*public choice)* mostrou, nada garante que a ferramenta não seja, também, empregada a serviço de interesses particulares que buscam rendas pela via da política. A natureza im-perativa de uma disposição não garante que contribua para o interesse geral.

1554 A natureza imperativa da ordem pública proíbe contrariá-la; qualquer tentativa é nula, mas há que precisar de que nulidade se trata. A doutrina civilista distingue dois componentes da ordem pública, o da direção e o da proteção:[299] a violação do primeiro é causa de nulidade absoluta;[300] o atentado ao segundo dá lugar à nulidade relativa, ao requerimento da única pessoa que se visa proteger.[301]

298. Buckley 2005, 118.

299. Sobre a distinção, Ghestin 1998, nº 116 ss., p. 108 ss.; Pineau nº 167, p. 318.

300. 1417-1418 C.c.Q.

301. 1419-1420 C.c.Q.

1555 Há muitas regras com mesma função protetora. O regime dos vícios do consentimento é exemplo disso; o direito do consumidor é outro. Qual, en-tão, o papel da noção de ordem pública? Parece que esses regimes específicos particularizam a noção de ordem pública e tornam sua aplicação mais previsí-vel; a noção de ordem pública se cristaliza nesses regimes especiais servindo para a segurança jurídica. A própria noção se torna disponível, como ferra-menta residual, para os casos em que um regime mais específico não tenha sido desenvolvido.

1556 Entre as cristalizações recentes da noção de ordem pública estão as cláu-sulas abusivas nos contratos por adesão, de que se tratará agora.

b. As cláusulas abusivas

1557 Vimos de que forma os contratos por adesão, com cláusulas específicas, podem criar problema que deve ser corrigido. São as cláusulas abusivas parte do direito do consumo.

1557a. Nota da tradutora A discussão relacionada a cláusulas abusivas cos-tuma focar os contratos por adesão, dada sua característica de uma das partes ter poder para predispor a cláusula negocial. Difícil impedir que essa parte busque proteger seus interesses, o que pode gerar desequilíbrio prestacional em detrimento do outro contratante. A legislação do consumo, expressamen-te, previa, desde 1990, a nulidade de cláusulas abusivas. O Código Civil Bra-sileiro, de 2002, foi na esteira daquela regra. Vejam-se, a respeito, os arts. 121 e seguintes quanto a condições. O art. 424 prevê a nulidade de contratos de adesão com clásula de renúncia antecipada a direito típico do negócio. E, por derradeiro, os arts. 478 e 479 referentes a onerosidade excessiva.

1558 Muitas técnicas podem ser empregadas. Podem-se formular regras de natureza abstrata e aberta, com vocação para reger conjunto indetermina-do de casos: é a técnica empregada nos artigos 1.435 a 1.437 do Código de Québec,[302] do artigo 35 da lei de 10 de janeiro de 1978 (dita lei *Scrivener)* na França,[303] do artigo 3 da *Diretiva Europeia sobre cláusulas abusivas em contratos de consumo,* de 1993,[304] assim como do artigo 132-1 do Código do Consumo fran-cês, que a atualiza. Pode-se apresentar lista, apenas indicativa, de cláusulas que são diretamente proibidas, ou suspeitas e sujeitas à justificação por quem tenha redigido o contrato de adesão. É a técnica empregada, por exemplo, nos artigos 6:236 e 6:237 do Código holandês,[305] no anexo ao artigo 132-1

302. Moore 2003.

303. Ver Malaurie 1990, nº 613, p. 327; Fabre-Magnan 2004, nº 131, p. 337 ss.

304. Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993 concernente às cláusulas abusivas em contratos concluídos com consumidores, *JO* de 21/4/1993, nº L-95/29; transposta na França para lei de 1º de fevereiro de 1995 (integrada no Código de Consumo).

305. Ver Haanappel/Mackaay 1990.

do Código do consumo francês,[306] e em certas disposições da *Lei de proteção ao consumidor* de Québec.[307]

1559 O Código de Québec tem três artigos que tratam, especificamente, de cláusulas abusivas. Os artigos 1.435 e 1.436, respectivamente, se referem a cláusulas externas e às ilegíveis ou incompreensíveis nos contratos de con-sumo, prevendo a possibilidade de que o consumidor afetado requeira sua nulidade, com possibilidade de defesa do fornecedor demonstrando que o consumidor foi alertado ou que, de alguma forma, teria conhecimento. O ar-tigo 1.437 tem disposição geral encadeada prevendo que a cláusula abusiva é nula ou a obrigação dela decorrente pode ser reduzida. A definição do termo "abusivo" presente na segunda alínea se refere à incompatibilidade da cláusu-la com a boa-fé e a exclusão da cláusula em relação às obrigações essenciais que o contrato prevê a ponto de desnaturá-lo. Constata-se que se trata de fer-ramenta com vocação geral para punir o oportunismo por abuso de assimetria de informação.

c. A limitação ou a exclusão de responsabilidade

1560 Mais claramente que outras, a cláusula de limitação ou exclusão de res-ponsabilidade traz o perigo do oportunismo: o fato de se liberar de efeitos do próprio comportamento realça o perigo do risco moral. Entenda-se, o perigo fica circunscrito pelas punições do mercado: perda de clientela, má reputação, "listas negras", boicote. Isso não impede que o perigo possa causar danos em situações individuais e que o consumidor não lhe dê atenção no momento de contratar.

1561 Os códigos tratam da questão prevendo que tais cláusulas são, em prin-cípio válidas, o que permite que as partes se voltem para a alocação eficaz dos riscos. Ficam, porém, sujeitas a severas restrições em razão do risco de opor-tunismo que representam. A título de exemplo, o Código de Québec prevê, no artigo 1.474, que não se pode excluir ou limitar a responsabilidade pelo dano material causado a outrem por culpa intencional ou falta grave e que, em re-lação a dano corporal ou moral, nenhuma exclusão ou limitação é admitida. O artigo 1.437 permite atacar tais cláusulas de forma mais ampla. No contexto da venda o Código de Québec enuncia, no artigo 1.732, a liberdade de estipu-lar as obrigações de garantia, salvo a de o vendedor de se desvencilhar de suas ações pessoais; o artigo 1.733 acresce que não se admite nenhuma exclusão ou limitação de responsabilidade do vendedor que não tenha revelado os ví-cios de que tinha conhecimento, ou não podia ignorá-los (vendedor profissio-nal). Se as restrições existentes no código são concebidas como precauções

306. Código de consumo, Anexo: cláusulas visadas na terceira alínea do artigo L. 132-1; <http://www.finances.gouv.fr/clauses_abusives/txt/L132-1.htm>.

307. Por exemplo, arts. 34 ss. em matéria de garantias (LRQ c. P40-1).

contra o oportunismo, constata-se, pela leitura econômica, serem ainda mais importantes quando o risco de prejuízo e oportunismo forem grandes.

1562 Tradicionalmente havia, ainda, a regra de que o contratante não podia, mediante convenção, se furtar de obrigação essencial no contrato. Parece corresponder à doutrina do *fundamental breach* da *common law.*[308] A Corte de Cassação, no acórdão *Chronopost,* adotou regra similar fundando-a na falta de causa.[309] Novamente a leitura econômica demonstra a tentativa de controlar o oportunismo.

d. A cláusula penal

1563 Com a cláusula penal, as partes acordam, no momento da conclusão do contrato, o montante dos danos que o devedor deverá pagar em caso de inexe-cução. A cláusula é interessante pois, ao fixar o montante após constatação do prejuízo, elimina o risco de arbítrio ou de má interpretação ou percepção pelo juiz em determinar o valor. Tem a vantagem de permitir que as partes plane-jem melhor seus negócios, conhecendo seus direitos e obrigações advindas da inexecução.

1564 O montante previsto pode ser estimado pelo prejuízo antecipado, mas pode, também, afastar-se bastante dele, seja para mais ou para menos, hipó-tese que se aproxima dos efeitos da cláusula de limitação da responsabilidade quanto ao montante do valor dos danos. Se a cláusula penal fixar uma punição que ultrapasse o montante do prejuízo antecipado pode servir como sinaliza-ção: o devedor sinaliza sua confiança em poder cumprir, sem dificuldade, suas obrigações. Como vimos em relação às garantias, o devedor pode sinalizar que representa melhor qualidade e permitir escolher “no mercado de abacaxis”. Para o credor, essa garantia pode ter valor que se manifesta na sua vontade de contratar ou no preço que aceita pagar. A cláusula constitui, para ele, meio de forçar a execução da prestação *in natura*. Por todos esses motivos, a cláusula penal tem função econômica útil.[310]

1565 Pode, portanto, prestar-se a abusos, seja porque o consumidor se envolve sem dar atenção e, em seguida se arrepende, seja porque o acordo do cocon-tratante se estreita, para quaisquer finalidades úteis, como a enrugada.[311] Nos dois casos, há risco de oportunismo.

308. Ver por exemplo Collins 1999, 47. Para aproximação com o direito de Québec, ver Lluelles/ Moore 2006, nº 1859, p. 988 e nº 2978, p. 1790.

309. Chronopost, Com. 22 oct 1996, *Bull.* 1996 IV nº 26; *JCP* G 1997. I. 4002, obs. Fabre-Magnan; D. 1997. Jur. 121, obs. Sériaux; *JCP* G 1997. II. 22881, nota D. Cohen; *Gaz. Pal.* 1997-08-16, nº 238, p. 12, nota R. Martin; *Répertoire du notariat Defrénois*, 1997-03-15, nº 5, p. 333, nota D. Mazeaud; *JCP* G 1997. 924, nota J. K. Adom. Ver também Lluelles/Moore 2006, nº 1064.4, p. 538.

310. Goetz/Scott 1977.

311. Pineau/Gaudet 2001, nº 469, p. 796; Lluelles/Moore 2006, nºs 3007-3008, p. 1810-1812.

1566 A *common law* aplica, tradicionalmente, a distinção entre *liquidated damages* e *penalty clause.* Admite a primeira, que consiste em estimar antecipadamente o montante do prejuízo real, mas recusa a segunda que fixa montante bem diferente. Os motivos que fundam, baseiam, tal distinção pouco importam; o que interessa é que o direito civil, tradicionalmente, não faz a mesma distin-ção. Para o jurista-economista o ganho está em admitir a função sinalizadora da cláusula penal, que a norma da *common law* parece descartar. A questão é saber o que será feito do risco de oportunismo. O tema foi largamente debati-do na literatura de análise econômica do direito, em geral para criticar a regra da *common law,* preconizando doutrinas mais específicas como a *unconscionabi-lity* para controlar as cláusulas oportunistas.[312]

1567 Interessante constatar que os códigos civis permitem a intervenção judicial no conteúdo das cláusulas penais baseando-se em disposições específicas pre-vistas para o instituto. O Código francês, assim como o de Québec, prevê a pos-sibilidade de reduzir a penalidade se houver execução parcial da obrigação.[313] Depois de 1975, o Código francês permite ao juiz, ademais e até de ofício, moderar ou aumentar a pena se for manifestamente excessiva ou irrisória, con-siderando não escrita qualquer estipulação contrária.[314] O Código de Québec, no artigo 1.623, tem vocação geral. O Código de Québec não prevê poder para que o juiz aumente a penalidade irrisória. Porém o juiz poderá analisá-la como cláusula de limitação de responsabilidade e aplicar o regime do artigo 1.474, examinado atrás, para declará-la nula nas condições nele previstas.[315]

1567a. Nota da tradutora Objeto de disciplina nos arts. 408 a 416 do CCB, a cláusula penal parece ter como escopo inibir comportamentos indesejáveis, oportunismo, entre eles. Cuidou-se, no art. 410, de dar à cláusula penal forma de satisfação do credor diante do inadimplemento da obrigação, tanto é que se limita seu alcance ao total do valor da obrigação principal. Também não se exige alegação de prejuízo pelo credor para demandar a pena convencional (art. 416).

1568 No seu conjunto tais disposições permitem que o juiz mantenha o efeito de estímulo e sinalização da cláusula penal, controlando o risco de oportunis-mo,[316] como preconizaram Goetz e Scott em seu basilar artigo.[317]

e. Como chamar a atenção do cliente para as cláusulas

1569 Como chamar a atenção do consumidor para cláusulas que poderiam ser onerosas, notadamente as que excluem ou limitam a responsabilidade do

312. Goetz/Scott 1977; Clarkson et al. 1978; Rea 1984; Mattei 1995; Hatzis 2003, 2006.

313. 1231 CCfr; 1623 (2) C.c.Q.

314. 1152 CCfr.

315. Lluelles/Moore 2006, nº 3008, p. 1812.

316. Hatzis 2003, conclusão.

317. Goetz/Scott 1977, conclusão, 207 em Kronman/Posner 1979.

fornecedor, ou as que impõem ao consumidor responsabilidade potencial? A questão está em saber se o conteúdo de determinadas cláusulas do con-trato pode ser validamente comunicado sob forma diversa da do restante do contrato. Cláusula de limitação ou exclusão de responsabilidade pode ser, validamente, comunicada por simples aviso público, como nas vestimentas ou estacionamentos públicos?

1570 De Geest e outros se debruçaram sobre a questão e concluíram que, no direito belga, o destinatário de aviso redigido em linguagem usual e tipos co-muns estaria vinculado mesmo se fosse negligente em tomar conhecimento. Economicamente, numa tal eventualidade, ele é o *cheapest cost avoider.* Por ou-tro lado, se a cláusula estiver redigida, ou predisposta de maneira não usual, ou for de difícil acesso, não há vínculo, o que impõe o risco ao redator da cláusula. É este que pode assegurar, da melhor forma, que a mensagem seja efetivamente levada a conhecimento do destinatário; o ônus do risco de falta de comunicação lhe confere interesse em fazer escolha judiciosa.[318]

1571 A distinção proposta pelo direito belga parece aplicar-se ao direito fran-cês, pois a Corte de cassação, em decisão de 1983, julgou que a cláusula de irresponsabilidade escrita em letras minúsculas em bilhete entregue ao usuá rio de estacionamento privado não poderia ser-lhe oposta.[319] No direito de Québec, a jurisprudência desenvolvida sob o império do antigo Código Civil foi considerada "incerta, confusa". *O Código Civil de Québec* de 1994 prevê, no artigo 1.475, que cabe ao redator do aviso sobre cláusula de exclusão ou limi-tação de responsabilidade estabelecer que o cliente tenha conhecimento dela no momento da formação do contrato, e o artigo 1.435 vai no mesmo sentido para os contratos de consumo ou de adesão.[320] Do ponto de vista econômico, tais disposições impõem ao redator do aviso o ônus de escolher o meio de comunicação que lhe permita assegurar o conhecimento do cliente, evitando que o juiz tenha a delicada tarefa de arbitrar entre as duas categorias do teste de De Geest e outros.

Seção **3**

A execução do contrato

1572 A execução do contrato tem dois problemas que serão discutidos adiante. Primeiro, é preciso determinar o que fazer se uma das partes não cumpre, não executa a prestação prometida. Há, nesse caso, "acidente de percurso" a

318. De Geest et al. 2002, 7 (§ 5.1).

319. Civ. 1º, 31 mai 1983, *Bull. civ.* I, nº 159.

320. Lluelles/Moore 2006, nº 2985, p. 1794, citando Pineau/Burman 1988, nº 382, p. 454.

respeito do qual, na falta de estipulação expressa das partes – a cujo respeito podem-se examinar os efeitos de incentivos – convém indagar quem é o *chea-pest cost avoider,* e que sinais enviar. Trata-se da inexecução do contrato.

1573 Em segundo lugar, é preciso examinar as obrigações de garantia. Elas se referem ao compromisso de uma das partes frente à outra, garantindo que o objeto entregue terá certas qualidades e as obrigações que terão se isso for falso.

1. A INEXECUÇÃO

1574 Dá-se a inexecução do contrato quando uma das partes não adimple a prestação prometida, ou o faz com atraso ou de forma incompleta. Há um “acidente de percurso” que faz com que o contrato não gere, necessariamen-te, um ganho de Pareto. Deve-se evitá-lo, tanto quanto possível, mediante os incentivos corretos.

1575 A solução mais apropriada depende de como as partes ajustaram a re-lação. Se o contratante inadimplente prometeu pôr suas habilidades à dis-posição do outro, a inexecução será demonstração de que não fez o esforço prometido. Cabe à vítima demonstrar que o contratante agiu culposamente. Se, por outro lado, prometeu resultado ou deu garantia, o mero fato da falta do resultado determina a inexecução; a vítima não tem que demonstrar a cul-pa. Nos dois casos, faculta-se ao inadimplente demonstrar que a inexecução não foi culposa, mas devida a força maior, fora de seu controle. Inicialmente examinaremos as consequências dessa situação (A). Se houver inexecução culposa convém indagar, em seguida, que sanções devem ser impostas (B).

a. *A inexecução por força maior*

1576 Força maior é evento irresistível, imprevisível e fora da esfera na qual o devedor deve responder. Entenda-se por irresistível o evento que torna a execução impossível e não apenas onerosa.[321] As três características são bem explicadas por meio da leitura econômica: se faltar uma delas, o devedor da prestação não cumprida deve ser estimulado a adotar precauções; regra con-trária criaria risco moral. Se as três estiverem presentes concomitantemente, pode-se pensar que se trata de evento sobre o qual o devedor não tenha atua-do e para o qual seria inútil encorajar alguma prevenção.

1577 Se a inexecução for devida a caso de força maior o direito civil prevê que a parte impedida de prestar fica liberada e não deve reparar.[322] Poderá exigir a prestação da outra, se esta não tiver ficado impossível? A doutrina analisa o

321. Carbonnier 1996, nº 162, p. 288.

322. 1148 CCfr.

problema da mesma forma que o da teoria dos riscos. A regra, na matéria, é que o devedor impedido suporte o risco: fica liberado de sua prestação, porém não pode exigir a do outro. Resposta diferente, oposta, criaria risco moral.

1577a. Nota da tradutora Quanto à inexecução de obrigações não volun-tária, quer dizer, derivada de caso fortuito ou força maior, a regra do direito brasileiro é clara, exime o devedor de responsabilidade desde que não tenha, expressamente, se responsabilizado por elas (art. 393 do CCB). Por isso é comum, no clausulado de contratos de longo prazo, de execução continuada ou diferida, a previsão da exclusão de responsabilidade, inclusive por mora, se intercorrer caso fortuito ou força maior que torne a prestação difícil ou a one-re extraordinariamente. A lei vai adiante dispondo que caso fortuito ou força maior são fatos necessários cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (parágrago único ao art. 393 do CCB).

1578 No caso de contratos em que há transferência de propriedade a regra é diferente: o risco recai sobre o proprietário, mesmo antes da entrega. Vimos que o Código de Québec, de 1994, tem regra sobre a transferência de riscos que se dá apenas com a entrega;[323] a posse impõe o ônus de risco. Do ponto de vista da análise econômica do direito o ônus está corretamente imposto sobre o *cheapest cost avoider*.

1578a. Nota da tradutora A regra do direito romano *res perit dominus* está recepcionada no CCB, art. 492. Exceção são os bens que devem ser contados, marcados ou, de alguma forma especificados, postos à disposição do compra-dor (entrega ficta), transferem o ônus da perda a este, assim como a mora no recebimento se postos à disposição. Com relação a imóveis, a transferência da propriedade dá-se com a lavratura e assinatura da escritura pública (ou documento particular quando aplicável), do imóvel.

1579 Essas normas são supletivas. As partes podem prever diversamente. Pas-sa-se agora para o campo dos riscos, sendo necessário indagar quem pode assumir ou garantir o risco ao menor custo. Uma das cláusulas comuns em contratos comerciais é designada pelo termo inglês *hardship*. Prevê que no caso de superveniência de evento de natureza econômica ou tecnológica que afete seriamente o equilíbrio das prestações previstas no contrato,[324] cada parte pode requerer seja renegociado. A cláusula espelha a ideia de imprevi-são, que, em princípio não é reconhecida como motivo para intervenção no conteúdo do contrato pelo direito civil.

1580 Problema da falta de tal cláusula fica bem ilustrado no célebre caso nor-te-americano, *Goebel c. Lynn.*[325] Nos anos 1880, antes da eletricidade, um

323. 1456 C.c.Q.

324. Dicionário de direito privado: <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/clause-de-hardship.php>.

325. Goebbel v. Lynn, 47 Mich 489, 11 N.W. 284 (1882).

produtor de cerveja do Estado de Michigan negocia com um fornecedor de gelo a entrega regular de gelo, para refrigeração durante o verão seguinte, a $ 1,75 ou $ 2,00 a tonelada, em caso de falta. Durante a primavera o cervejei-ro, tendo ainda a possibilidade de contratar com outros fornecedores, entra em contato com o seu para se garantir de que o contrato ainda interessava. Este confirma que entregará o gelo conforme previsto. O inverno se mostra bem ameno e, na primavera, não há gelo suficiente. Há grande falta de gelo.

1581 O fornecedor faz contato com o cervejeiro informando que não poderá entregar o gelo se não receber $ 5,00 por tonelada. O cervejeiro, temendo a interrupção da entrega de gelo e a consequente perda de sua cerveja, concorda e as partes ajustam o preço de $ 3,50 por tonelada por um período de oito meses. Ao final desse período, o cervejeiro processa o fornecedor por extorsão (*duress)*. A Corte descarta o pedido considerando que, naquelas circunstâncias, o preço era razoável e que o fornecedor não tirara proveito da mudança das circunstâncias para forçar um arranjo iníquo (*unfair bargain);* que a só ameaça de não respeitar um contrato anterior não constitui uma forma de *duress*.

1582 O caso foi objeto de comentários que abrangem largo espectro, indo de um a outro extremo, alguns aprovando o resultado, outros negando sob o argumento de que minaria a moralidade dos negócios.[326] Posner entende que, à luz dos fatos, se o cervejeiro tivesse insistido nas condições negociadas originariamente o fornecedor de gelo teria falido e o cervejeiro ficaria privado de gelo ou teria de comprá-lo a preços ainda mais altos. Nada indica que o fornecedor tenha explorado as novas circunstâncias de maneira oportunista (de má-fé).[327] Portanto aprova o resultado.

1583 Aivazian e outros entendem que não se deve permitir a renegociação do contrato se a mudança das circunstâncias dá a uma das partes poder mono-polista que ela tenta explorar. Isto não quer dizer que, em quaisquer outras circunstâncias, a exploração seria permitida. *Goebbel* entende que caberia sa-ber com que frequência ocorrem invernos amenos. Se o fenômeno não for raro, é de supor que o fornecedor esteja mais bem posto para assumir o risco (por contratos de fornecimento, por exemplo), o que é preferível a recusar, re-trospectivamente, o resultado da renegociação. Apenas mudança totalmente imprevisível justificaria, a seu ver, a decisão da corte.[328]

1584 Fabre-Magnan acredita que a recente jurisprudência francesa mostra evolução tendente a contornar a recusa absoluta de revisão do contrato por imprevisão.[329] A recusa de reabrir o contrato diante de mudança radical de circunstâncias que alteram o equilíbrio do contrato atende à boa-fé entre as

326. Goldberg 1989 o reproduz nas p. 191, 195-197, 204, 208.

327. Posner 2003, 100-101; Posner 1977a.

328. Aivazian et al. 1984, 204-205 em Goldberg 1989.

329. Fabre-Magnan 2004, nº 163, p. 428-430.

partes. Será interessante verificar se a tendência se confirma e se apoia sobre a distinção que indicamos baseados em leitura econômica.

b. A inexecução culposa

1585 A inexecução culposa realça, da ótica da análise econômica do direito, a questão das sanções apropriadas. A sanção previsível é a relação, a escala, com o nível do esforço necessário para evitar a inexecução; de modo análogo, a perda não compensada levaria a vítima a fazer o que puder para não se expor. Examinaremos que circunstâncias podem ser admitidas para a execução for-çada em contraposição a perdas e danos(1). Quando a execução forçada não for admitida sustenta-se que pode ser interessante que a parte inadimplente pague perdas e danos à contraparte, entregando sua prestação a terceiro que lhe pague o suficiente para tornar a troca lucrativa: é a tese da "ruptura efi-caz". Indaga-se a respeito da plausibilidade dessa tese e das objeções quanto à imoralidade apresentadas. (2). Finalmente, se for caso de impor o pagamento de perdas e danos, convém saber como estabelecer seu montante (3).

1. A sanção: execução em in natura *ou danos*

1586 Quando a inexecução da obrigação pelo devedor for culposa, que sanções podem ser postas à disposição do credor não culpado? O Estado dá suporte ao princípio do *pacta sunt servanda.*

1587 Crê-se que a sanção normal seria forçar o devedor recalcitrante a cum-prir sua prestação (execução em espécie). Porém, nos sistemas de *common law,* o princípio é conceder perdas e danos sendo a execução forçada (*specific performance)* concedida excepcionalmente, se as perdas e danos não represen-tarem sanção adequada. Regra no mesmo sentido é aplicada, e já foi exami-nada, quando se rejeita a cláusula penal, admitindo-se a fixação das perdas antecipadamente.

1588 Diversamente, nos sistemas civilistas, a execução em espécie, no caso em que a isto se preste, é a regra, perdas e danos são a segunda opção. O artigo 1.142 do Código francês não corresponde mais à realidade ao predispor que a obrigação de fazer ou não fazer, no caso de inexecução, se resolve em perdas e danos, visto que os tribunais aceitam condenar à execução forçada mais a pe-na.[330] O relatório Catala, no artigo 1.154, preconiza a adaptação da fórmula do Código a essa nova realidade.[331] A obrigação de dar (transferir a propriedade) presta-se, naturalmente, à execução em espécie, que, no caso de imóveis, será feita mediante ação de transferência de título. O Código de Québec expressa, de maneira clara, a primazia da sanção por inexecução em espécie nos casos

330. 1142-1144 CCfr; Fabre-Magnan nº 207, p. 557; sobre a pena: nº 208, p. 560.

331. Catala 2005, art. 1154 e explicações, p. 38-40, de Laurent Leveneur e Hervé Lécuyer.

que a isso se prestem.[332] A sanção por inexecução em espécie, no direito de Québec, por força da injunção, instituição de origem do direito inglês, pelos tribunais, é questionada por certos autores.[333]

1589 Em vista da primazia conferida, no direito norte-americano, à sanção por perdas e danos, trava-se debate, desde o início da análise econômica do direi-to, quanto à lógica econômica que se poderia detectar nas situações em que o direito norte-americano admite a execução em espécie. Um primeiro artigo de Kronman sustentava que seria possível explicar a opção jurisprudencial distinguindo entre bens únicos e aqueles fungíveis, para os quais há substitu-tos.[334] Para os primeiros, os únicos, a execução em espécie seria regularmente deferida – em parte porque os juízes teriam dificuldade para determinar o montante das perdas e danos – enquanto em relação aos bens fungíveis, os tri-bunais só aprovariam lucros cessantes. Também no caso de serviços os danos seriam a sanção normal, notadamente por conta de violação à liberdade indi-vidual a que levaria a ordem do tribunal impondo a execução da prestação.

1590 Kronman observa que, para bens fungíveis, é possível que o vendedor, tendo prometido a entrega ao adquirente, receba, em seguida, ofertas mais interessantes. Se o comprador puder obter ordem de execução em espécie, seria preciso garantir seu consentimento para entregar o bem a terceiro, o que torna menos provável que isto ocorra ou, ao menos, dar ao adquirente o ganho do rearranjo. Limitando a sanção a perdas e danos essa extorsão pelo adquirente fica mais difícil e, pois, torna mais fácil a mudança de comprador. Isto leva à discussão sobre a "ruptura eficaz", de que se tratará abaixo.

1591 Seguiram-se muitas contribuições, seja para aprovar a reticência juris-prudencial norte-americana em relação à execução forçada em espécie,[335] seja preconizando abertura mais ampla.[336] Eisenberg sintetiza o debate em artigo de 2005.[337]

1592 Eisenberg explica que para determinar as sanções adequadas é preciso partir de dois princípios fundamentais do direito dos contratos, que deno-mina o princípio da barganha (*bargain principle)* e o princípio da indiferença (*indiference principle)* O primeiro considera que, em geral, as partes são melho-res juízes de seu interesse e que, portanto, convém fazer respeitar o contrato segundo as condições ajustadas, salvo circunstâncias especiais como a exis-tência de vício do consentimento. Conforme o segundo princípio, os recursos

332. 1590 et 1601 C.c.Q.; Pineau/Gaudet 2001, nº 436, p. 741.

333. Sobre as particularidades da injunção no sistema civilista de Québec, ver Pineau/Gaudet 2001, nº 443, p. 750-757.

334. Kronman 1978, 183 em Kronman/Posner 1979.

335. Barton 1972; Muris 1982; Posner 2003, 131-132.

336. Birmingham 1969; Schwartz 1979; Ulen 1984, 1998.

337. Eisenberg 2005.

devem deixar vítima da inexecução indiferente entre a regular execução e a situação que resulta após o recurso.

1593 Em relação a perdas e danos, a conformidade com os dois princípios é problemática. A vítima não recebe o que fora acordado. Na avaliação do dano o juiz deverá visar à situação em que a vítima estaria se o contrato fosse executado (*expectation damages)* mais do que apenas compensar as despesas incorridas pela crença na regular execução do contrato (*reliance damages).* Para estimar os danos, no primeiro sentido, o juiz está obrigado a confiar em in-formações menos confiáveis do as que as duas partes previram no seu acordo. Para um bem com substitutos o juiz pode aceitar o preço do mercado; para os bens únicos essa informação é aleatória visto que se comparam coisas não comparáveis. A perda de ganhos é, também, difícil de avaliar com segurança, certeza. Enfim, as perdas e danos não englobam, ou fazem-no parcialmente, o custo da resolução da diferença (no direito norte-americano, cada um paga suas despesas judiciais), o valor do tempo associado à perda dos ganhos e o risco de insolvabilidade do devedor condenado. As perdas e danos, mesmo estipulados conforme a regra das *expectation damages* não se ajustam bem ao princípio da indiferença.

1594 A execução em espécie, *in natura*, de regra, se conforma aos dois princí-pios.[338] Dá ao demandante o que ele desejava ao concluir a barganha; associa a sanção pública àquela acordada entre partes. Deve-se, então, prever a execu-ção em espécie em todos os casos? Há fatores que militam contra essa ideia. Inicialmente a natureza da injunção que, nos sistemas de *common law,* em que impõe, como sanção à desobediência de ordem da corte, entendida como desrespeito ao tribunal, constitua infração criminal, embora se esteja frente a litígio privado. Atenta contra a liberdade da pessoa, o que é ainda mais pro-blemático levando-se em conta a possibilidade de erro judicial.

1595 Em segundo lugar, a execução em espécie, em qualquer circunstância, afeta outro princípio da *common law,* o da limitação do dano (*mitigation of damages)* para a vítima da inexecução. Eisenberg dá o seguinte exemplo.[339] A municipalidade contrata a construção de uma ponte sobre um rio. Depois de iniciada a construção ela se dá conta de que não poderá financiar a construção da rodovia que leva à ponte e descontrata a obra da ponte. Apesar disso, o empresário completa a obra e entra com ação para receber o preço. A munici-palidade não pode fazer nada com a ponte – é perda social. Teria sido melhor parar a construção e compensar o empresário pelas despesas incorridas até aquele momento. Por suas ações, o empresário agravou, inutilmente, a perda social. A corte rejeita sua ação de cobrança.

1596 Terceiro fator contrário à opção incondicional da execução em espécie é o potencial oportunismo da vítima da inexecução. O problema torna-se mais

338. Eisenberg 2005, 1018.

339. Eisenberg 2005, 1023.

agudo quando o valor de mercado do bem objeto da prestação flutua (é vo-látil). Tratando-se de bens cujo valor aumenta, a vítima tem interesse em requerer a execução em espécie; se o valor cair pode requerer perdas e danos, que são aferidos no momento da inexecução.

1597 Tudo isto leva Eisenberg a preconizar a execução em espécie como sanção admissível desde que com restrições, ou reserva para tipos de casos em que se mostraria menos adequada. Na venda de bens móveis, ele não a admitiria para coisas fungíveis, dado que o adquirente pode, facilmente, adquirir o bem para substituição. Igualmente não a aceita contra o adquirente dado que o vendedor obtém o que deseja ao vender a coisa para terceiros visando ganhar com a di-ferença de preço, no caso, em relação ao comprador originário. Admitiria para bens únicos e contratos de longa duração, bem assim em contratos de compra e venda de imóveis. Quanto a contratos de serviços, a recusa da execução em espécie é impositiva porque pode atentar contra a liberdade, por exemplo, ao forçar um ator ou um atleta a atuarem. Mas não valeria o mesmo para o empre-gador que seja uma organização e que seria forçado a reintegrar uma pessoa. As regras propostas se aproximam da prática nos sistemas civilistas.

1598 O que se sabe sobre a maneira pela qual as pessoas, de fato, escolhem as sanções propostas? Recente estudo aponta que, no caso de litígio entre duas empresas norte-americanas, a condenação à execução em espécie levou ao au-mento do valor das duas na bolsa![340] Talvez esse efeito seja devido à natureza muito aleatória de condenações em perdas e danos – sobretudo aquelas de natureza punitiva – no direito norte-americano. Estudo feito na Dinamarca conclui que os agentes econômicos quase nunca se utilizam da opção de exigir a execução em espécie, preferindo as perdas e danos.[341] O estudo parece con-firmar a observação geral e informal segundo a qual, quando a relação entre partes se deteriora, a melhor opção é buscar uma compensação e construir novas relações com outros interlocutores, mais do que tentar forçar o adimplemento. Caberia ver se tais resultados são confirmados por outros estudos na área. Em qualquer hipótese parece conveniente, como fazem os sistemas civilistas, deixar a escolha das sanções à vítima da inexecução.

2. A tese da ruptura eficaz[342]

1599 A tese da resilição eficaz sustenta que, se o contrato puder gerar um ganho mediante contratação com terceiro rompendo-se o contrato inicial, mesmo com a compensação integral do contratante frustrado, tal inexecução é desejável e merece ser mantida pelos tribunais. Pressupõe que as perdas e danos, e não a execução em espécie, sejam a sanção usual para a inexecução.

340. Listokin 2005.

341. Lando/Rose 2004.

342. A expressão *inexécution efficiente* é empregada em Ogus 1987, nº 95, p. 311.

1600 A tese pode ser encontrada em artigo de 1970.[343] Posner a sustenta até na mais recente edição de sua obra.[344] Essa tese foi objeto de virulentas críti-cas nos Estados Unidos da América[345] e alhures.[346] Eisenberg relata pesquisa entre empresários, em que a quase totalidade se mostra contrária à ética de romper deliberadamente o contrato celebrado.[347]

1601 Plausível que esse comportamento ocorra e seja eficaz? Ao menos caberia indagar, fora do direito, quanto aos efeitos dessas rupturas sobre a reputação de quem as pratica: sendo vítima hesitaríamos em celebrar novas operações com tal interlocutor; de outro lado, se tivermos obtido vantagem com isso, poderíamos buscar novamente esse contratante.

1602 Eisenberg examina a viabilidade da operação. Supõe duas hipóteses tipo: a do terceiro que, depois do golpe, faz uma oferta que ultrapassa muito o contrato celebrado, hipótese que denomina de *overbidding*; e a da entrega da prestação mesmo com prejuízo, após a mudança de circunstâncias. A segunda hipótese leva ao problema, já examinado, da imprevisão, sobre a qual não retornaremos.

1603 Quanto à primeira hipótese, é preciso compreender que não se aplica aos bens fungíveis, normalmente disponíveis no mercado, porque o custo de substituição para o contratante frustrado seria igual ao preço de mercado e não haveria interesse na ruptura. Por que o comprador original estaria mais bem posicionado do que o subsequente para encontrar outro fornecedor?

1604 Vejamos o caso dos bens relativamente únicos. Para determinar se a re-silição visa à obtenção de ganho líquido é preciso conhecer a utilidade que o primeiro adquirente liga ou atribui ao bem do qual será privado. Ora, essa utilidade é certamente maior que o preço combinado (ou então, por que com-prar?); mas não é revelada nas negociações entre partes. Ou seja, como avaliar o tempo e o esforço que o comprador despenderá para encontrar um bem substituto? No conjunto parece difícil assegurar que o comprador será intei-ramente indenizado.

1605 O que acontece se for mantida a opção pela execução em espécie, quer dizer, se se permita que o comprador impeça a venda a terceiro? Isso não quer dizer, necessariamente, que o terceiro não terminará por conseguir o bem, mas, sobretudo, significa que será necessário o consentimento do com-prador inicial e, portanto, que ele partilhe o ganho da combinação vencedora ajustado entre o vendedor e o terceiro. Para o comprador o ganho poderia

343. Birmingham 1970.

344. Posner 2007, 120, 127-128, 133-134.

345. Friedmann 1989.

346. Carbonnier 1996, nº 153, p. 273-274; Fabre-Magnan 2004, nº 226, p. 616-619.

347. Eisenberg 2005, 1008, citando Baumer/Marschall 1992.

ser justificado pelo tempo e esforço despendidos na localização do bem úni-co. Esses fatores não são monetizáveis, mas o contrato deveria lhe propiciar garantia que sejam compensados. O regime impõe ao vendedor que, ao se obrigar, renuncie às vantagens de ofertas mais elevadas que poderia receber ulteriormente. Em consequência do que ele ajustará o preço pedido.

1606 Dissemos que a negociação entre o vendedor e o terceiro gera menos cus-tos de transação que esta, tripartite, entre estas duas pessoas e o adquirente inicial. Mas isto faz esquecer, na primeira hipótese, as tratativas e eventual-mente o processo entre o vendedor e comprador originário. Sobre a amplitude dos custos de transação nada se pode concluir abstratamente.

1607 De prever que a "ruptura eficaz" produziria sinais perversos para o pla-nejamento dos negócios. Introduz elemento de incerteza contra o qual os interessados desejarão tomar precauções ou se garantir. Ou seja, pode minar as normas sociais que, complementares ao direito, asseguram a moldura para o bom funcionamento dos negócios.[348]

1607a. Nota da tradutora A discussão sobre resilição ou ruptura eficaz do contrato, no Brasil, tem pouca expressão em vista da forte influência da regra *pacta sunt servada.* Eventualmente, conforme o art. 420 do CCB, que permite estipular cláusula de arrependimento, pode servir para essa medida que, sem dúvida, criará problemas reputacionais para quem vier a dela se valer.

1608 A fim de ilustrar a evolução das práticas que se assemelham à ruptura efi-caz é instrutivo lembrar o que ocorreu com o excesso de reserva nos transpor-tes aeronáuticos (*overbooking)*. A reserva de um assento no avião poderia ser analisada como promessa de contratar do transportador com o viajante e que este aceita ao adquirir a passagem e se apresentar para embarque. Se, quando chegar ao aeroporto para embarcar, for-lhe negado acesso, há, na aparência, ruptura do contrato.

1609 Durante os anos 1970, foi constatado que muitos assentos ficavam vagos. Os transportadores se puseram a fazer reservas além da capacidade do avião, e o resultado previsível foi que, em certos voos, havia mais viajantes do que lugares. O problema era resolvido recusando viajantes que excedessem os assentos segundo uma fórmula própria e provocando muitos protestos.

1610 O interesse dos transportadores – e em certa medida da coletividade le-vando-se em conta o combustível utilizado e a poluição causada pelos assen-tos vagos – pode ser ilustrado por um exemplo simplificado. Admita-se uma linha aérea que mantenha 100 voos por dia com aviões de 100 lugares; cada passagem custa €/ 500, para uma receita potencial de €/ 5.000.000.

1611 Em média 10 viajantes desistem no último minuto (*no show)* e os assen-tos ficam vagos. A repartição de assentos vagos – 1.000 no total – está na Ta-bela II, 5.1. Na média, o transportador perde €/ 5.000 por voo em função dos

348. Eisenberg 2005, 1012.

assentos vagos, ou €/ 500.000 no total de voos. A receita total será, então, de €/ 4.500.000 ou €/ 450 por assento por voo.

Tabela II, 5.1 – Assentos vazios com reserva clássica

Número de voos

1612 Com as novas regras, o número de assentos vagos não ultrapassa 25, ou seja, há um aumento na receita de €/$ 487.500, antes da compensação (aí incluídas) eventuais passagens oferecidas aos passageiros que não foram embarcados, 25 no total. Mesmo se as compensações custarem €/$ 1.000 por viajante recusado, no total de €/$ 25.000, o transportador ainda ganha.

Tabela II, 5.2 – Assentos vagos com sobrereserva de 110 por avião

Número de voos
5
15
60
15
5

1613 Como tratar o viajante ao qual se negou acesso ao avião? Analisando a situação como inexecução dolosa, as perdas e danos, conforme artigo 1.150 do Código francês, poderiam ultrapassar o que fora previsto no momento do contrato e chegar a valores relevantes. Convém, pois, introduzir a ideia genial, mas por muito tempo ignorada, do economista Julian Simon, de criar leilões para determinar, quando houvesse excesso de viajantes em relação aos assentos disponíveis, quais desistiriam.

1614 A oposição à ideia provinha do fato de que isto poderia ser muito custoso para as companhias aeronáuticas. Simon fez uma sondagem entre viajantes prestes a partir, em dois aeroportos, indagando quanto exigiriam para partir, duas, quatro, seis ou oito horas mais tarde, num próximo voo.[349] De forma surpreendente, a sondagem determinou que o valor médio que os viajantes associavam ao tempo era de cerca de $ 10.

1615 Como utilizar essa informação? Não se deve empregá-la como baliza dos valores a serem ofertados à pessoa a qual não se permite embarcar, pois pode haver viajante a negócios, que recebem salários elevados e muito insatisfei-tos com o evento. Simon teve a ideia de organizar pesquisa que permitiria às pessoas informar qual o valor que exigiriam para embarcar mais tarde; a companhia aérea aceitaria as ofertas mais baixas até o número de assentos necessários.[350]

1616 O teste prático proposto por Simon – envelopes fechados – nunca foi levado em consideração, e sim sua concepção. Simon teve a sorte de ver suas ideias autorizadas nos Estados Unidos da América pelo Conselho de Aviação Civil, e, em seguida, implantada pelos transportadores. Como havia previsto, foi possível comprovar, no início dos anos 1990, que as companhias aéreas tinham aumentado sua taxa de lotação e as taxas de insatisfação devidas ao *overbooking* tinham caído a ponto de desaparecerem, enquanto a taxa de *over-booking* tinha aumentado.[351]

1617 Trata-se de regime deliberadamente implantado. Não há sanções basea das em dolo porque as eventuais vítimas são voluntárias ao declarar seu interesse e a companhia aérea opera com uma novação voluntária do con-trato. O preço pago pode variar conforme o número de voluntários que se apresentem. De qualquer forma, os que valorizam mais seu tempo poderão embarcar em seguida, o que é resultado da pesquisa mediante a tese da rup-tura eficiente.

1618 Desde então as companhias aéreas reforçaram as práticas variando o pre-ço conforme a (relativa) flexibilidade exigida pelo cliente em caso de desistên-cia. Os hotéis, e sem dúvida outros setores, seguiram o exemplo. O hotel no centro da cidade de Montreal em que se pretendia organizar um colóquio não podia garantir que a sala estaria disponível antes de um mês da data prevista, exceto se fosse garantida, desde logo, ocupação de número significativo de apartamentos. Tais condições são claramente anunciadas e, em consequência delas, os clientes escolhem. Os apartamentos e os assentos foram para os usos mais valorizados. O objetivo que visa, em princípio, tratar da "ruptura eficiente", pode ser perseguido de outras maneiras.

349. Simon/Visvabharathy 1977.

350. Simon 1970.

351. Simon 1994a, 1994b; Blanchard 2004 para história mais recente.

3. O montante das perdas e danos

1619 O montante das perdas e danos deveria ser fixado, se possível, atendendo ao princípio da indiferença, lembrado por Eisenberg,[352] de forma a que a víti-ma da inexecução seja indiferente na comparação com a regular execução e as sanções pela inexecução. Se as partes fixarem as perdas e danos a serem pagos sob forma de cláusula penal, é preciso entender que o montante se conforme ao princípio. Isto será tratado adiante.

1620 Se os danos forem determinados pelo juiz deveriam ser fixados no valor que a vítima esperaria obter com a regular execução do contrato: *expectation da-mages.* Os direitos seguem o preceito sob a forma de *damnum emergens, lucrum ces-sans.* Os códigos o enunciam no artigo 1.149 do francês e 1.611 do de Québec.

1621 Quanto a despesas, o que se observa é que, em geral, são fixadas, ao me-nos pelos tribunais norte-americanos, abaixo desse valor.[353] Não cobrem mais do que as despesas em que o devedor frustrado incorre acreditando na regular execução do contrato: *reliance interest.*

1622 Em qualquer hipótese os danos são limitados ao que seria previsível pelo devedor no momento da conclusão.[354] A regra reflete a ideia de que os danos normalmente previsíveis são incluídos no preço demandado pelo prestador de serviços. Para riscos previsíveis ele é o *cheapest cost avoider.* Se tivesse que cobrar por outros riscos o cliente precisaria saber: a informação permite de-terminar quem é o *cheapest cost avoider* e a que preço; e, segundo, que modali-dades são atribuídas às partes. No caso de dolo, a regra protetora é afastada para punir o oportunismo.

1623 As perdas e danos fixados segundo a regra de *expectation interest* são forte incentivo ao devedor para adimplir. Não há incentivo correspondente para o credor, pois este pode tomar medidas para limitar os danos. Já se os danos a serem pagos forem fixados como *reliance interest* a situação se inverte: o credor é incentivado a limitar as despesas feitas com fundamento na confiança contrato concluído, mas o devedor poderia sair-se bem com o inadimplemento. Aqui o paradoxo da indenização que já lembramos no capítulo sobre risco e seguro.

1624 Admitindo a escala da indenização integral, que inclui também o *lu-crum cessans*, é preciso controlar o risco moral pelo credor. A obrigação de limitação de perdas da *common law, (duty to mitigate)* vai nessa direção. Foi introduzida no direito de Québec[355] e nos direitos alemão,[356] italiano[357] e

352. Ver abaixo a respeito na subseção (i) A sanção: *execução em espécie ou danos*.

353. Epstein 1989.

354. 1150 CCfr; 1613 C.c.Q.; Lluelles/Moore, nº 3010, p. 1830; Gordley 2006, 408 ss.

355. 1479 C.c.Q.

356. 254 (2) BGB, com o significativo título de *culpa concorrente* [*faute partagée* (Mitverschulden)].

357. 1227 (2) do Código civil italiano, em artigo que trata da culpa concorrente do credor.

holandês.[358] Aparece também na Convenção de Viena sobre a venda interna-cional de mercadorias.[359] Faber-Magnan, que a isso dedica longa discussão, entende que não foi, ainda, aceita no direito francês.[360]

2. AS GARANTIAS

1625 O comprador quer ter certeza de que o bem ou serviço recebido, que, na aparência, estaria conforme ao que fora acordado, realmente servirá para o uso, normal ou o combinado, que não haverá empecilhos de natureza jurídica ou material, que impeçam o uso. A certeza aparece sob a forma da garantia prestada pelo fornecedor. A garantia pode ser convencional. Os códigos im-põem um mínimo obrigatório de garantia cuja explicação – aplicando o tes-te de Wittman – é resposta ao problema de potencial oportunismo contra o qual os adquirentes desejam se precaver, se admitida a exclusão de qualquer garantia.

a. A garantia do título

1626 Impedimentos de natureza jurídica são objeto da garantia do direito de propriedade, antigamente denominada garantia de evicção. Os potenciais entraves podem ser de ordem privada (o bem vendido pertencia a outrem; medição revela que o terreno vendido não tem as dimensões ajustadas; uma garantia; um direito de passagem combinado), ou de natureza pública (regu-lamentação impedindo certos usos ou prescrevendo normas em matéria de salubridade ou habitabilidade, por exemplo)

1627 Em relação aos entraves privados, que o adquirente poderia desconhecer, o vendedor é o *cheapest cost avoider*. Se os declara, o ônus é transferido ao com-prador (que os levará em conta ao determinar o preço que se dispõe a pagar). Claro, o vendedor responde, em qualquer hipótese, por ato pessoal.[361] Regra oposta incentivaria o oportunismo, o que explica que a disposição seja consi-derada de ordem pública.

1628 Mais delicado é o problema de entraves de direito público. É que o com-prador deve conhecê-las da mesma forma que o vendedor. Não haveria dis-cussão em matéria de declaração ou garantia. Mas o direito público é amplo sendo de supor possa haver entraves sobre os quais o comprador, ordinaria-mente informado, não esteja atualizado. O Código de Québec reparte os ônus

358. Haanappel/Mackaay 1990, art. 6: 101.

359. Convençãonde Viena (*Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises*, de 11/4/1980: <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods.html>).

360. Fabre-Magnan 2004, nº 224, p. 602.

361. 1628 CCfr; 1724 (1) C.c.Q.

impondo a obrigação de garantia por violação de regras de direito público que gravem o bem e que escapem do direito de propriedade ordinário, e sob a con-dição de que o vendedor não informou nem declarou o fato e que o comprador não descobriria mediante exame diligente ou consulta aos registros públicos. Nesses casos, o vendedor é o *cheapest cost avoider* o que justifica a intervenção. Nos outros casos não há, em geral, vantagens específicas para o comprador sendo melhor deixar o ônus recair sobre ele.

b. *A garantia de qualidade*

1629 Já nos referimos a uma das funções econômicas da garantia sobre as qua-lidades materiais da coisa vendida: a garantia serve de sinal para indicar a qualidade superior do bem, para distingui-lo daqueles de qualidade média e para aqueles cuja garantia estendida seria muito custosa. A garantia é um dos meios empregados para informar o consumidor e ficar fora do "mercado de abacaxis".

1630 A garantia tem duas outras funções econômicas; a de estímulo, para de-feitos que podem ser corrigidos imediatamente ou para pesquisa, no futuro, e a de seguro para os defeitos que não podem ser facilmente corrigidos.[362] Vejamos como estas funções se articulam.

1631 As qualidades perceptíveis do objeto fazem parte da decisão do compra-dor de adquirir. O comprador modula o preço que aceita pagar conforme as características que percebe e o uso que pretende fazer. Como os valores são subjetivos, em última análise o comprador é o *cheapest cost avoider*, quando se trata das características visíveis do objeto. Contudo, o que está escondido pode reservar surpresas desagradáveis para o comprador que, se tivesse sabi-do, talvez não aceitasse pagar alto preço pelo bem. Pensando em desfazer o contrato quais seriam os limites para essa alternativa? Houve oportunismo se o vendedor sabia da qualidade desejada pelo comprador, sabia que não aten-dia à expectativa e se omitiu, dissimulou.

1632 O direito trata destas questões nas regras relativas a vícios ocultos.[363] Os vícios são defeitos do objeto que o tornam impróprio ou menos adequado para o uso normal ou aquele especialmente combinado entre as partes por ocasião da venda: o tamborete não tem a solidez necessária para que se possa sentar, a farinha que se comprou em embalagem fechada está cheia de insetos; o teto solar do automóvel emperra, os pneus do automóvel podem estourar; os automóveis podem capotar etc.

1633 Se o bem for destinado a uso diferente do usual, ordinário, não informado pelo vendedor, fica difícil imaginar que obtenha, de forma culposa, vantagem

362. Parisi 2004a, 408 ss.

363. 1641-1649 CCfr; 1726-1733 C.c.Q.

contratual que o beneficie. A assimetria informacional seria revertida porque o vendedor, não tendo ciência do uso previsto pelo comprador, não ocupa posição dominante para conhecer defeitos que possam viciar o uso. É o com-prador quem tem as informações mais importantes para esta avaliação e que é, de fato, o *cheapest cost avoider*. O risco de oportunismo aparece em sentido oposto. Protegendo o uso normal do bem, ou aquele sobre o qual as partes se entenderam, o direito controla o risco moral do comprador. Com efeito, o vendedor fica protegido do comprador que utilizaria o bem de forma perigosa ou abusiva e tentaria fazer com que arcasse com o prejuízo daí decorrente.[364]

1634 O princípio jurídico básico em matéria de vícios se conforma com a lógica exposta: vícios de pouca monta e os aparentes não estão sujeitos à sanção.

1635 Segue-se a exclusão dos vícios de pouca monta. Para se sujeitar à sanção, o vício deve ser de certa gravidade. Isso não constitui índice muito preciso. O uso do bem deve ser muito reduzido, a ponto de "que o comprador não o te-ria comprado ou pagaria preço menor se conhecesse o vício".[365] Regra oposta induziria ao risco moral pelos compradores. A formulação é quase idêntica à utilizada no caso de dolo.[366] Na avaliação da gravidade do vício, levam-se em conta o custo da reparação comparado com o valor do bem e os inconvenien-tes gerados para o comprador.[367]

1636 Não há sanções para vícios aparentes. Mas é preciso determinar o que seja aparente. Se a aparência se limitasse àquilo que é visível à primeira vista haveria encorajamento para o risco moral do comprador. O agente racional, quando decide, modula a amplitude de suas precauções para evitar os "aciden-tes de percurso" – no caso: bens que não satisfarão suas expectativas – con-forme a importância das matérias, quer dizer à probabilidade de acidente de percurso e a redução de valor se isso ocorresse. Pode-se, então, esperar que, para bens de alto valor, os compradores farão esforços para descobrir suas qualidades. Tradicionalmente, em tema de vícios ocultos, o direito seguia esta lógica considerando aparentes os vícios nos imóveis e nos automóveis usados adquiridos se perito contratado pelo comprador pudesse determiná-los. Se o comprador contratou um perito, e este não descobriu o vício, eventualmente, seria possível ação de responsabilidade por culpa profissional.

1637 Quanto a objetos novos, a tendência era eliminar a exigência do perito (e, pois, considerar ocultos os vícios que inspeção cuidadosa pelo comprador não teria permitido descobrir). Isso se explicaria pela natureza cada vez mais téc-nica dos bens vendidos. Quanto mais o vendedor é perito, mais, entre as duas partes, será ele o *cheapest cost avoider*. O Código de Québec traça linha divisória

364. V. 1729 C.c.Q. e indiretamente para os objetos perigosos art. 1473 (1) C.c.Q.

365. No direito de Québec, 1726 C.c.Q.

366. No direito de Québec, 1401, al. 1ª C.c.Q.

367. Jobin 1993, 121.

do que pode ser descoberto pelo comprador prudente e diligente sem recorrer a um perito;[368] o Código francês emprega a fórmula "de que o comprador pudesse se convencer por si".[369] Claro, o vício conhecido pelo comprador – por exemplo, porque o vendedor expressamente declarou – é considerado aparente.

1638 Tratando-se de vícios não detectáveis pelos critérios do teste acima, se estiverem presentes no momento da venda e com gravidade suficiente, sua presença significa que o contrato não gera um ganho de Pareto. O direito permite que o comprador requeira a resolução da venda, com restituição re-cíproca das prestações.[370] Se o vendedor conhecia o vício, mas não o revelou, há oportunismo por assimetria de informação. A sanção é mais severa: o com-prador pode requerer, além da resolução, perdas e danos.[371]

1639 Durante a segunda metade do século passado, progressivamente, a res-ponsabilidade de fabricantes e distribuidores, nos casos de contratos de con-sumo, foi introduzida nos direitos civis. A responsabilidade é baseada na presunção de conhecimento dos vícios – o Código de Québec usa a fórmula "não poderia ignorar"[372] – e, por isso, admite a possibilidade de perdas e da-nos.[373] A presunção parece quase inelidível podendo ser recusada apenas me-diante prova de mau uso pelo comprador.[374]

1640 Para a análise econômica do direito, esse desenvolvimento permite duas observações. Primeiramente supõe-se que o avanço dos meios de controle de qualidade da produção torna plausível conhecer os vícios, caso em que a presunção é o caminho. Mas é preciso levar a análise adiante. Se o vício pu-der ser corrigido sem dificuldade, a responsabilidade incentiva o fabricante a preveni-lo, refletindo a lógica preventiva apresentada no capítulo sobre a responsabilidade civil. A contribuição da nova regra está, sobretudo, no que tange à prova: o comprador de um automóvel, ou outro bem complexo, teria de demonstrar a falta de durabilidade ou a prematura deterioração correspon-dente ao vício em sentido tradicional. A nova regra facilita a tarefa. Falha pre-matura do bem leva à presunção de vício.[375] A nova regra pode ser entendida como parte da função de incentivo da garantia. A responsabilidade é limitada quando o comprador abusa do bem. Aqui teríamos o risco moral.[376]

368. 1726 (2) C.c.Q.

369. 1642 CCfr.

370. 1644 CCfr; 1728 C.c.Q.

371. 1645 CCfr; 1728 C.c.Q.

372. 1728 C.c.Q.

373. 1729 C.c.Q.

374. 1729 C.c.Q.

375. 1729 C.c.Q.; 37, 38 *Loi sur la protection du consommateur* (LRQ c. P-40.1). V. Lamontagne/ Larochelle 2000, note 9, p. 119.

376. 1729 C.c.Q.

1640a. Nota da tradutora A garantia de qualidade, no Código Civil, aparece nas regras relativas a vícios redibitórios (arts. 441 e segs.), e segue, no geral, os princípios acima expostos. Há, também regras quanto a garantia de qua-lidade e prestabilidade para as relações de consumo, notadamente por conta da assimetria informacional. A introdução do *recall* de produtos indica que a reputação tende a ganhar espaço nas relações entre particulares.

1641 Se o vício puder ser detectado, porém não facilmente corrigido, a res-ponsabilidade não incentivará o fabricante a modificar seu plano de negócios: preferirá indenizar os compradores de bens defeituosos do que produzir um bem que será mais caro para todos. Isso parece garantia obrigatória implícita para os compradores de bens com vícios e cujo prêmio incluído no preço de compra é pago por todos. Efeito do prêmio seria excluir do mercado alguns consumidores que não podem comprar o bem de que se trate.

1642 Indaga-se por que o fabricante seria melhor segurador do que a segurado-ra que os consumidores contratariam. Há outro motivo para manter a respon-sabilidade do fabricante: em relação aos vícios que não podem ser corrigidos no estado atual da técnica, é que, além da função de seguro, isso pode servir de estímulo à inovação. A pesquisa permite descobrir novas formas de corri-gir os vícios cuja eliminação, até o momento, seria muito onerosa, A questão está em saber como criar os incentivos os mais eficientes para induzir tais pesquisas. Pode-se supor que as impostas aos fabricantes são mais promis-soras do que as que seriam imponíveis aos consumidores, seguradores e aos fundos ou caixas de indenização.

1643 O Código de Québec traz, ainda, disposições que preveem expressamente a responsabilidade do fabricante de bens moveis em relação a terceiros por defeito de segurança.[377] O defeito de segurança pode provir, diz o código, da inadequação das indicações relacionadas ao perigo, aos riscos e aos meios de se precaver.[378] Quanto a estes, o fabricante pode se liberar da responsabilidade demonstrando que a vítima deveria conhecer o vício ou prever o prejuízo.[379] O que merece atenção é a defesa prevista para "risco de desenvolvimento". O Código de Québec prevê, nesse tema, que o fabricante pode se liberar da responsabilidade se demonstra:

"que o problema não poderia ser conhecido, dado o estado do conhecimento, no momento da fabricação, distribuição ou fornecimento do bem, e que não foi

377. 1468 e 1469 do CC de Québec. A segurança deficiente como vício do objeto está no art. 6º. Na Diretiva relativa à uniformização das disposições legislativas, regulamentares e administra-tivas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade pelo fato de produtos defeituosos, nº 85/374 do Conselho JOCE, 1985, I 210, p. 20

378. 1469 C.c.Q.

379. 1473 (1) C.c.Q.

negligente no seu dever de informação assim que tomou ciência da existência desse defeito”.[380]

1644 Até em relação aos riscos desconhecidos a responsabilidade do fabricante existe se for negligente em recolher o bem, em tempo oportuno, uma vez re-velado o risco. Por outro lado, a campanha de recolhimento transfere o ônus aos consumidores. A informação faz com que sejam os *cheapest cost avoider.*

1645 O longo discurso sobre contratos entre profissional e consumidor mostra que a assimetria de informação deve ser prevista, bem como as consequências daí decorrente. No contrato entre dois profissionais, com similar nível de conhecimento, a garantia de qualidade é muito mais restrita regra que com-bina com leitura econômica dada a inexistência de manifesta assimetria de informação.[381]

Seção 4

Relaçõestripartites:o mandato[382]

1646 As relações tripartites se distinguem das bilaterais pela participação de uma terceira parte, esquema facilitador de comportamentos oportunistas. Portanto, é preciso observar que na regulação de tais relações o controle do oportunismo tem papel proeminente.[383] É o caso do mandato que examina-mos aqui, bem assim a administração de bens de terceiros[384] e a gestão de negócios,[385] a contraordem[386] e a ação pauliana[387] e na *common law* o *trust.*[388] Convém acrescer que a análise sobre o oportunismo poderia ser retomada de

380. 1473 (2) C.c.Q.; idem *Directive européenne* nº 85/374, précité, art. 7 (e). idem – Diretiva euro-peia nº 85/374, citada, art. 7(e)

381. No direito de Québec, arts. 1726 e 1728 do CCQ, ao contrário.

382. A análise aqui apresentada está baseada em Mackaay, 2004 e Mackaay, 2007. Para exposição do direito de Québec relativa ao mandato, ver Fabien, 1986 (antes da reforma do Código Civil) e 1993 (o novo direito após a reforma).

383. Ver também Curti, 2003.

384. 1299-1370 C.c.Q.

385. 1482-1490 C.c.Q.; 1372-1375 CCfr.

386. 1451-1452 C.c.Q.; 1321 CCfr.

387. 1631-1636 C.c.Q.; 1167 CCfr.

388. Ver Ogus 1986.

conformidade com o princípio geral, mais geral, do *cheapest cost avoider,* como propõe Rasmusen.[389]

1647 Pode haver oportunismo em dois níveis no mandato. Na relação bilateral mandante-mandatário, o mandatário pode ser tentado a circundar o mandan-te vinculando-o a contratos não desejados; em sentido inverso o mandan-te pode tornar impossível a tarefa do mandatário para privá-lo da comissão, ao esconder a informação necessária. Essas ações são comparáveis às que se veem em outras relações bilaterais, como a venda, a locação, o contrato de empresa ou de serviço, e, ainda, o contrato de transporte.

1648 A presença de uma terceira pessoa abre a possibilidade para o apareci-mento de formas mais sutis de oportunismo. Uma das três pessoas pode ser enganada por qualquer das outras duas, tanto por colusão com a terceira, como crê Cohen,[390] quanto, simplesmente, por aproveitar a presença desta para ter mais sucesso com o estratagema. A presença de três pessoas permi-te, teoricamente, imaginar seis possíveis cenários de oportunismo contra os quais o direito deve articular regras de proteção. São, em geral, difíceis de provar perante os tribunais. Isto explica por que o direito, para combatê-los, formula, baseado em índices imperfeitos, presunções em favor da eventual vítima.

1648a. Nota da tradutora Vejam-se as regras relativas ao mandato nos arts. 653 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

1649 O oportuno começa com a relação bilateral e abrange, em seguida, a tripartite.

1. OPORTUNISMO BILATERAL ENTRE MANDATÁRIO E MANDANTE

a. Oportunismo do mandatário

1650 Nos primeiros artigos dedicados ao mandato, o Código Civil já prevê que o mandato é gratuito, salvo expressa convenção em contrário, ou no caso de contrato celebrado com um profissional.[391] A regra costuma ser explicada pela origem romana como em serviço entre amigos. Isso não impede que, atual-mente, ainda que o mandato seja usualmente concluído por meio de outras relações, o efeito proteja o mandante contra surpresa desagradável por parte do mandatário que lhe cobre honorários, por exemplo, com base em acordo ambivalente sobre a questão.

389. Rasmusen 2004; sobre a reforma do direito norte-americano do mandato, ver DeMott 2007.

390. Cohen 2000.

391. 2133 C.c.Q.; 1986 CCfr. et Código civil belga.

1651 No mesmo sentido, o mandato geral, englobando todos os negócios do mandante,[392] confere apenas poderes de administração; qualquer ato de dis-posição pressupõe mandato expresso. Essa presunção protege o mandante contra eventual ambição oportunista do mandatário.

1652 O mandatário não pode fazer nada além do que for acordado no manda-to, é o que determinam os Códigos belga e francês.[393] O Código de Québec, mais recente, dispõe que o mandato vai além do que estiver expresso, alcança tudo o que dele se puder deduzir. Isso é pequeno corretivo para impedir o oportunismo do mandante que, a pretexto de pequena ultrapassagem, tenta-ria furtar-se de suas obrigações em relação ao mandatário.[394] Igualmente, no direito de Québec, o mandato outorgado a um profissional engloba, sem que seja necessário declarar, os atos próprios da profissão ou das funções.[395]

1653 Essas disposições constituem, ao mesmo tempo, advertência a terceiros para verificarem a extensão do mandato, quando se tratar de ato de disposi-ção. O terceiro que, em tais circunstâncias, se omite na verificação do teor do mandato não estará de boa-fé e não será beneficiado pela proteção conferida a terceiros por conta de um mandato aparente.

1654 O mandatário que ultrapassa seus poderes é, em princípio, pessoalmen-te responsável em relação a terceiros.[396] A regra penaliza potencial oportu-nismo do mandatário. Interessante considerar as formas de regularização. O mandante pode fazê-lo mediante ratificação.[397] Ou seja, se o terceiro ti-nha suficiente conhecimento do mandato, o mandatário não é considerado pessoalmente responsável. A informação afasta o potencial oportunismo do mandatário. O terceiro, informado, avalia os riscos. Se, informado, age con-certado com o mandatário, o mandante estará protegido contra a colusão oportunista de ignorar que o ato praticado ultrapassa os poderes outorgados no mandato.

1655 Depois de outorgado o mandato, o mandatário é obrigado a cumprir, nos termos do Código de Québec, "com prudência e diligência" e "com honesti-dade e lealdade no melhor interesse do mandante", evitando ficar "em situa-ção de conflito entre seu interesse e o do mandante".[398] Lê-se aqui, mas nas fórmulas sempre muito gerais que a jurisprudência deve precisar, uma espe-cificação reforçada da boa-fé que deve animar o mandatário. Os códigos belga

392. 2135 C.c.Q.; 1987 et 1988 CCfr. e Código Civil belga.

393. 1989 CCfr. et Code Civil belge. 1989 CC francês e Código Civil Belga.

394. 2136 C.c.Q.

395. 2137 C.c.Q.

396. 2158 C.c.Q.; 1998 CCfr. e Código Civil belga.

397. 2158 et 2153 C.c.Q.

398. 2138 C.c.Q.

e francês, mais antigos, não apresentam fórmulas similares limitando-se a invocar a responsabilidade do mandatário por dolo e por culpa.[399]

1656 A segunda obrigação presente em todos os códigos examinados é a que considera que o mandante informado deve responder.[400] A informação cons-titui, normalmente, antídoto às ações oportunistas, aplicando-se a regra dire-tamente contra o oportunismo.

1657 De regra o mandatário deve cumprir o mandato pessoalmente.[401] Se em-pregar outras pessoas para executar o mandato, responde pelos atos destas como se os tivesse praticado. Isso vale para a substituição do mandatário, se não for expressamente autorizada, assim como para os submandatários por quem seja auxiliado.[402] Regra contrária exporia o mandante ao risco de ver o mandato cumprido por pessoa cujas garantias (em termos de talento ou solvabilidade) considerasse insuficientes. O mandante pode repudiar os atos praticados pelo substituto que não desejava e cujos atos não estejam, de algu-ma forma, justificados.[403]

1658 Na prática pode ser cômodo autorizar a substituição; mesmo neste caso, o mandatário continua responsável pela qualidade de sua escolha e pelas ins-truções dadas ao substituto.[404] O Código de Québec prevê, ainda, autoriza-ção para substituição nos casos em que o mandatário não possa cumprir o mandato em razão de circunstâncias imprevistas, das quais não pode avisar o mandante oportunamente. Regra contrária permitiria recusa oportunista pelo mandante. Cabe ao mandatário justificar as circunstâncias que invoca. Regra contrária ensejaria o oportunismo de sua parte.

1659 *O Código Civil de Québec* contém muitas regras relativas a potenciais con-flitos de interesse. O mandatário não pode aceitar duplo mandato;[405] não pode utilizar informações privilegiadas a que tenha tido acesso graças ao mandato, nem utilizar os bens objeto do mandato;[406] não pode ser contraparte em ato para o qual tenha recebido o mandato.[407] Em todos esses casos o fato de infor-mar ao mandante ou, até o conhecimento que este tenha, elide ou suspende a proibição. Essas regras se explicam pela preocupação de conter o oportu-nismo. A forma precisa, as presunções de irregularidades que possam ser

399. 1992 CCfr. e Código Civil belga.

400. 2139 C.c.Q.; 1993 CCfr. e Código Civil belga.

401. 2140 C.c.Q.

402. 2141, 2142 C.c.Q. Sobre o conjunto desta problemática ver Popovici, 1995, a, c II.

403. 2161 C.c.Q.

404. 2140 C.c.Q.; 1994 CCfr. e Código civil belga.

405. 2143 C.c.Q. No mandato duplo, há o risco de colusão entre o mandatário e o terceiro.

406. 2146 C.c.Q.

407. 2147 C.c.Q.

cobertas pela informação respondem, sem dúvida, às dificuldades da prova. Protegem o mandante e advertem o mandatário visando a garantir a necessá-ria comunicação. Entretanto, ao prever que a informação basta para regula-rizar o problema permitem eventual oportunismo inverso do mandante que negaria, muito facilmente, ter autorizado os atos questionados.

b. Oportunismo do mandante

1660 Primeira obrigação do mandante é cooperar com o mandatário.[408] A fór-mula, que não consta expressamente dos Códigos belga e francês, traduz obri-gação geral de boa-fé. Deveria ser especificada mas espelha a intenção de conter ações do mandante que impossibilitariam o cumprimento do mandato enquanto fica com as vantagens.[409] Em decisão da Corte de Cassação francesa observou-se que as relações entre agente comercial e mandante são regidas por dever de lealdade, julgando-se inadmissível o comportamento dos man-dantes que impediram o mandatário de praticar preços concorrenciais.

1661 Esta obrigação está presente, entre outras, na disposição que obriga remunerar o mandatário a título oneroso, ainda mesmo que o negócio não tenha sucesso.[410] A obrigação desaparece, porém, se houver culpa do manda-tário – corretivo menor sancionando seu oportunismo. A remuneração fon-te de potencial conflito não precisa ser fixada na convenção, podendo ser determinada conforme os usos ou a lei ou, ainda, em relação ao valor dos serviços prestados.[411] Tais disposições reforçam a tendência já traçada pelas regras mais antigas dos Códigos belga e francês.[412] Essas regras são perigosas para o mandante enquanto protegem o oportunismo do mandatário. Há que lembrar que se inserem no quadro da presunção de gratuidade, exceto quanto ao mandato profissional.

A segunda especificação trata da ratificação. Para conter o oportunismo do mandante, que não ratificaria o ato no caso de excesso de mandato quando parecer justificado, o Código prevê a presunção de ratificação desde que o mandato tenha sido executado de forma mais vantajosa do que a prevista.[413]

1663 Se o mandato for corretamente executado o mandante fica obrigado e o mandatário é liberado.[414] Dessa forma, se vê impedido de exercer pressão de maneira oportunista sobre o mandatário, ameaçando-o de não liberá-lo.

408. 2149 C.c.Q.

409. Com., 24 de novembro de 1998, *Bull. civ.* IV, nº 277.

410. 2155 C.c.Q.; 1999 CCfr. e Código civil belga.

411. 2134 C.c.Q.

412. 1999 CCfr. e Código civil belga.

413. 2153 C.c.Q.

414. 2160 C.c.Q.

2. OPORTUNISMO NA RELAÇÃO COM TERCEIRO

1664 O oportunismo pode, também, visar a terceiro. Esta hipótese aparece no caso de mandato semiclandestino ou totalmente clandestino. No primeiro, o mandatário revela ao terceiro que age em nome e por conta de outrem, mas não informa o nome, prometendo dar a informação em prazo convencionado. O terceiro se expõe ao risco de que não exista qualquer mandante (ou que seu nome nunca seja informado), ou que o mandante indicado seja insolvável. Tais situações podem refletir (falso) oportunismo do mandatário, mas tam-bém resultar de colusão com o mandante. Em todos os casos o mandatário é responsável.[415] Conforme as circunstâncias, o terceiro pode agir diretamente contra o mandante oculto.[416]

1665 Se o mandatário contrata com o terceiro sem mencionar o mandato – mandato clandestino ou *undisclosed principal* – fica obrigado pelo contrato;[417] o terceiro confia na aparência. Faculta-se ao terceiro afastar essa aparência e processar diretamente o mandante. O oportunismo é, nesses casos, controla-do ao se permitir que o terceiro escolha a opção que lhe seja mais favorável.

1666 O mandante pode se dirigir ao terceiro divulgando a outorga do mandato a fim de retomar o contrato para si, como se fora o mandato clássico. Consi-derada a eventualidade de oportunismo o terceiro mantém a opção de opor a incompatibilidade do mandato com as estipulações ou natureza do contra-to.[418] O terceiro pode conter eventual oportunismo baseado na informação a que teve acesso ou, ao contrário, aceitar a leitura proposta pelo mandante, se lhe for mais favorável.

1667 A lógica é reforçada pela disposição que trata do *mandato aparente.* O mandato é, em relação ao terceiro que de boa-fé contratou com a pessoa, considerado como se existisse outorga se o mandante permitiu se acreditasse que era seu mandatário.[419] A aparência não pode ser descartada senão mediante prova de que o mandante tomou “as medidas apropriadas para prevenir o erro nas cir-cunstâncias que o tornariam previsível”. A presunção se volta contra o man-dante, ficando subentendido o oportunismo de que seria muito difícil fazer prova em relação ao terceiro. O oportunismo pode ser apenas do mandante ou resultar de consertação entre mandante e mandatário. O mandante é o *cheapest cost avoider.*

1668 As medidas ficariam, sem dúvida, no plano da informação e dos meios existentes para que o (falso) mandatário criasse a aparência. A informação

415. 2159 C.c.Q.

416. Hipótese do art. 2157, al. 2 C.c.Q.

417. 2157 C.c.Q.

418. 2165 C.c.Q.

419. 2163 C.c.Q.

divulgada é excelente meio de combater o oportunismo. O terceiro deve, po-rém, estar de boa-fé. Essa reserva gera interesse em se informar quando isso constituir o meio menos oneroso de dissipar a ambivalência. A omissão cons-tituirá risco moral, que é forma de oportunismo.

1669 O mandante responderá perante o terceiro por culpa na ação do mandatá-rio na execução do mandato.[420] Isto contém o oportunismo do mandante que se esconde atrás de um mandatário que age culposamente, mas é insolvente. Essa obrigação não afasta se prove que o mandante poderia ter impedido o dano, liberação impedida se o mandatário for seu preposto.[421]

1670 No conjunto a análise econômica do mandato é convincente em relação às regras que poderiam parecer densas. Põe em evidência a sutileza com a qual o código transfere o ônus das precauções que devem ser tomadas conforme o lado em que seja mais séria a possibilidade de manifestação do oportunismo, indicando, a cada vez, o *cheapest cost avoider.*

1670a. Nota da tradutora A teoria da aparência, invocada por alguns ope-radores do direito, baseada na ideia de que se alguém se apresenta como mandatário ou exerce, aparentemente, funções administrativas, tentava im-putar responsabilidade ao suposto mandante, ou pessoa jurídica, por atos praticados por quem, na realidade não tinha poderes para obrigar terceiros. Esta discussão não perdura.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

1671 No que se refere ao direito dos contratos, a análise econômica do direito enfrenta extraordinária diversidade de fenômenos nos quais procura lógica subjacente única. O contrato é a ferramenta mediante a qual os agentes eco-nômicos fazem circular bens e serviços para os usos mais valorizados. Como os valores são inerentemente subjetivos, esta lógica deve ter atuação prepon-derante nas escolhas que venham a fazer.

1672 Durante o século XX, desenvolveu-se, ao lado desta concepção e em parte para temperá-la, a leitura "solidarista", com ênfase na lealdade contratual e na utilidade social. A apresentação no capítulo permite mostrar que a análise econômica do direito está totalmente apta para dar conta de fatores que ense-jaram tal concepção "solidarista".

1673 As assimetrias informacionais e de poder de mercado, a racionalidade limitada dos agentes, levando em conta os efeitos externos de suas ações, fo-ram objeto de importantes desenvolvimentos teóricos nos últimos vinte anos, tanto no plano teórico quanto no dos estudos empíricos. De forma precisa

420. 2164 C.c.Q.

421. Id.

esses desenvolvimentos ampliaram o conjunto de ferramentas conceituais de que necessitamos para compreender o direito dos contratos. Elas explicam que os contratos, assim como todos os instrumentos jurídicos, são necessa-riamente incompletos, pois se incorre em custo para completá-los, custo esse que deve ser justificado pelas vantagens que se espera obter. As assimetrias de informação e de poder ensejam o fenômeno do oportunismo, que consiste em modificar, por astúcia ou pela força, a distribuição de ganhos gerados pelo contrato. O oportunismo é o oposto da natureza livre e esclarecida que o con-sentimento deve ter para que o contrato gere ganhos para as duas partes.

1674 Sugerimos leitura da boa-fé – ou da lealdade contratual – como ausência de oportunismo a que as circunstâncias se prestariam. Da mesma forma nos demos conta do fenômeno da confiança, ligado aos circuitos de informação que permitem concluir quanto à inexistência de oportunismo do interlocutor. Os dois fenômenos indicam a importância da circulação da informação e sua veracidade. A informação falsa perturba o funcionamento do mercado tanto quanto a inexistência de informação. Cabia, então, examinar os incentivos para os agentes econômicos produzirem e fazerem a informação circular ainda em circunstâncias em que isso não ocorreria.

1675 Muitas convenções – assim como muitas decisões – são matizadas pela incerteza quanto ao futuro. As partes não estão sempre igualmente aptas a enfrentar as diferentes formas de incerteza; o contrato permite arranjos que espelham formas de atribuí-la àquela das partes que da melhor forma pode absorvê-lo.

1676 Por trás de todas essas considerações está a finalidade do direito dos contratos. Na literatura, sobretudo na norte-americana, de análise econômica do direito, atribui-se a esse direito todo um conjunto de objetivos: reduzir os custos de transação, combater o oportunismo, atribuir os riscos, incentivar as partes a se munirem de provas, preencher as disposições que as partes deixaram de precisar etc. Procuramos a lógica unificada que reuniria esses objetivos parciais e acreditamos tê-la encontrado no teste de Wittman. O di-reito contribui para reduzir o custo de acidentes de percurso na formação e execução de contratos. Imaginando que as partes buscam o melhor arranjo que, entre si, podem ajustar, a intervenção do direito se justifica se reduzir o custo das precauções a serem adotadas e dos riscos cujo ônus assumem, desde que o custo não seja idêntico. O custo da intervenção compreende o da formulação e aplicação da regra, dos arranjos por ela, regra, impostos (regra imperativa ou cogente), ou o dos arranjos inadequados escolhidos por confiar na regra supletiva.

1677 Examinamos em que medida diferentes formas de paternalismo poderiam ser justificadas, a que visa a proteger a pessoa contra sua própria fraqueza ou incúria (paternalismo brando) ou a que bloqueia escolhas porque as desapro-va ou porque a escolha tem efeitos (externos) que recaem sobre terceiros.

Vimos que nas normas vigentes há diferentes dispositivos – notadamente nu-lidades de diversas espécies – que parecem traduzir essas considerações.

1678 Era preciso mostrar como essas considerações ajudam a entender a legis-lação em vigor. Não podendo fazer análise de todo o direito posto, examinou-se amostra de regras envolvendo a formação e execução do contrato. Essa re-leitura permitiu compreender a dificuldade de aplicação da noção de lesão. Mostrou que o contrato de adesão é, por si, desenvolvimento interessante, realçando seus pontos sensíveis que explicam uma panóplia de intervenções a propósito de cláusulas neles existentes. O consumidor aparece na leitura econômica como agente de pequena escala, o que explica suas dificuldades no campo da informação e da resolução de diferenças. Essa leitura permite apreciar melhor a adequação das medidas propostas para auxiliá-lo. No que tange à execução do contrato, examinou-se a possibilidade de execução força-da em oposição à concessão de perdas e danos, como pretendia, em princípio, a *common law.* A solução da *common law* parece facilitar a "resilição eficaz", de que se examinaram os prós e contras, para concluir que é, sem dúvida, menos frequente do que alguns acreditavam, mas, também, que é possível alcançar os objetivos por ela perseguidos de outras maneiras.

1679 As conclusões parecem justificar que, longe de ser refratário à análise econômica do direito, o direito civil dos contratos se presta eminentemente a esta leitura e, como notou Hatzis, sua estrutura tem uma lógica econômi-ca subjacente que está presente em regras como a cláusula penal, execução em espécie, fixação do montante de perdas e danos, de forma ainda mais convincente do que na *common law*. Ao mesmo tempo, o conhecimento das estruturas indica, para questões de política legislativa ou judicial: que o direi-to francês deveria, por exemplo, abrir espaço para uma obrigação limitando danos impostos ao credor por obrigação não executada? A análise econômica do direito oferece ao jurista meio para se dedicar à nobre missão doutrinária: mostrar a coerência do direito; perguntar-se sobre sua adaptação às mudan-ças de circunstância; voltar-se para reformas desejáveis. Longe de discutir a contradição entre justiça e eficiência a análise econômica do direito permite, ao revés, aprofundar a compreensão da primeira fazendo sua ligação estreita com a segunda.[422]

INDO ALÉM

1680 Na literatura da análise econômica do direito, surpreendentemente, há poucas obras sobre a economia geral dos contratos, ao contrário do direito das coisas e do direito da responsabilidade civil. Em francês, o livro de Fabre--Magnan, com revisão de obras de análise econômica do direito, estabelece

422. Como também preconizam Gordley 2006, 4, 31 et al.

ponte entre a doutrina civilista clássica e a análise econômica do direito.[423] Igualmente em francês, porém mais voltado para os economistas, pode-se consultar o livro de Brousseau.[424] Em inglês o belo livro de Trebilcock.[425] E como os economistas institucionalistas têm muito a oferecer para abrir a "caixa preta" que era o contrato na concepção neoclássica, consulte-se, com proveito o capítulo 3 de Furubotn/Ruchter.[426] Em texto de 2007, Hermalin e coautores fazem a ligação entre a volumosa literatura dos economistas sobre a economia do contrato e a da análise econômica dos contratos de juristas.[427] Sobre os fundamentos do contrato, em especial sobre as justificativas do pa-ternalismo, leia-se o livro de Buckley.[428] Em holandês, De Geest tem uma tese que é sempre referência.[429] Muitas coleções de artigos foram publicadas.[430] Convém chamar a atenção para obra de direito comparado não especialmente concebida para despertar interessa na análise econômica do direito, mas que chega a esse resultado ao pôr, lado a lado, análises francesas e inglesas de temas contratuais, os franceses adotando abordagem da doutrina clássica, e os ingleses voltando-se para considerações de análise econômica do direito.[431] Os dois grupos chegam, com frequência, às mesmas conclusões.

1680a. Nota da tradutora A literatura sobre análise econômica do direito, ou simplesmente direito e economia, no Brasil, é ainda bastante precária. Há muitos artigos, conquanto a tendência, ao menos em algumas regiões e nas fa-culdades de Direito, tenda a dar-lhe, recentemente, mais corpo e visibilidade.

423. Fabre-Magnan 2004.

424. Brousseau 1993.

425. Trebilcock 1993.

426. Furubotn/Richter 2000.

427. Hermalin et al. 2007.

428. Buckley 2005.

429. De Geest 1995.

430. Kronman/Posner 1979; Goldberg 1989; Craswell/Schwartz 1994; Buckley 1999; Benson 2001.

431. Tallon/Harris 1987.

capítulo 6

A empresa

1681 Por que existem empresas? Qual sua natureza? As questões preocupam os economistas há, no mínimo, mais de cem anos.[1] Na tentativa de responder à questão, eles propuseram teorias variadas e interessantes que iluminam as razões de ser e as características dessa forma dominante de organização eco-nômica, a empresa.

1682 Qual a pertinência das teorias econômicas da empresa para os operadores do direito? A empresa não tem, no direito, definição que suporte, teoricamen-te, as indagações dos economistas? Não seria a empresa, demais disso, um conceito jurídico cujo fundamento requeira delimitações?

1683 Para começar a responder, devemos reconhecer que a noção de empresa ocupa posição cada vez mais importante nos sistemas jurídicos de tradição civilista. A afirmativa é verdadeira tanto para o direito de Québec quanto para o direito francês e o direito europeu.

1684 No direito de Québec, a empresa tem papel importante depois da entrada em vigor do novo Código Civil de 1994. Observa-se que, à falta de um Código de Comércio em Québec, o Código Civil inclui as atividades relativas à área de negócios mediante regime dualista em que há regras de direito comum e normas excepcionais (especiais). Tradicionalmente, no Código Civil do *bai-xo Canadá,* a noção de comercialidade delimitava as fronteiras desse regime dualista. A partir da reforma do Código Civil, o legislador substituiu a noção de comercialidade pela de empresa como critério delimitador do perímetro do regime derrogatório aplicável a quem atue no campo dos negócios. Dessa forma, o direito de empresa substitui o direito comercial.

1684a. Nota da tradutora O Código Civil brasileiro, tal como o de Québec, por ocasião da unificação do direito obrigacional, abandonou o conceito ou noção de comerciante adotando o termo *empresário* para identificar quem exer-ce atividade econômica em e para mercados. Contudo, a leitura de artigos do

1. Coriat/Weinstein 1995.

Livro II da Parte Especial do referido Código leva ao entendimento de que se estabeleceu sinonímia entre os termos *comerciante* e *empresário*.

1685 Considerando a importância dessa noção, o legislador definiu a empresa de maneira específica no artigo 1.525 do Código Civil: "constitui exploração de uma empresa o exercício, por uma ou mais pessoas, de uma atividade eco-nômica organizada, tenha natureza comercial, ou não, consistente na produ-ção ou realização de bens, sua administração ou alienação, ou na prestação de um serviço". Constata-se que a noção de empresa é muito mais ampla do que a noção de comercialidade, o que alarga a aplicação da legislação especial (a derrogação) no Código Civil de Québec. Conforme comentários do Ministro da Justiça, o alargamento do campo de aplicação do regime de exceção

visa a traduzir o fato de que "as sociedades comerciais", as necessidades especiais dos comerciantes, que exigem rapidez e multiplicidade das operações realizadas, e que se refletem em atenuação do for-malismo escrito, em maiores facilidades no crédito que lhes seja oferecido, tendo como contrapartida o reforço no sistema das garantias de execução das suas obrigações, são, atualmente, consideradas, aqui e alhueres, necessidades comuns ao conjunto de atividades econômicas organizadas.

1686 Nada obstante a definição legal, passados mais de dez anos da entrada em vigor do Código Civil de Québec, é de reconhecer que a noção de empresa per-manece um território a ser delimitado. Poucas decisões judiciais apresentam ou oferecem indicações precisas quanto aos parâmetros dessa definição. Na doutrina, a efervescência inicial deixou espaço para certa indiferença relativa-mente à noção de empresa. Para complicar ainda mais, há referências à noção de empresa em leis especiais como direito do trabalho e direito tributário, por exemplo. A incerteza que envolve a noção de empresa tem como fulcro o fato de a maior parte dos esforços para conceituá-la ser impermeável às contribui-ções das teorias econômicas.

1687 A empresa não está restrita à legislação de Québec, sendo fonte de incer-tezas em numerosos países. O caso francês e a legislação europeia ressaltam as dificuldades no determinar, de forma mais precisa, uma definição de empresa.

1688 Em contexto abundante no qual, diariamente, se lembra em sussurros a empresa, o direito francês é excepcionalmente contido. O direito "[...] se vê sufocado pela avalanche de definições [...] a ponto de não se saber qual de-las escolher como base para uma definição jurídica".[2] Demais disso, a tarefa atribuída ao direito se complica dado ser a noção de empresa multiforme, não existindo "*uma*" definição de empresa e sim "*definições*" propostas pela juris-prudência e pela doutrina.

1689 O caso europeu demonstra que, embora posta no centro da construção europeia, a empresa raramente está presente nos tratados. Se o art. 80 do

2. Direito da Empresa e do Direito Social – Colóquio Internacional de Direito Social. Relatório de G. Friedel em *Revue Internationale de Droit Comparé*, jul./set. 1954. p. 558.

tratado CECA indica serem empresas as que exercem atividade de produção na área do carvão e do aço no território dos Estados-membros, a definição é incompleta. No Tratado de Roma, menciona-se a empresa brevemente e ape-nas no capítulo relativo às regras de concorrência a ela se reporta.[3]

1690 Numerosas são as disciplinas jurídicas francesas que se referem à empre-sa, e sua enumeração exaustiva seria fastidiosa. Basta citar alguns exemplos. No direito comercial o código remete à "*empresa"* reiteradamente.[4] Mais textos de direito comercial utilizam o termo "*empresa*". É o caso da, a Lei de 11 de julho de 1985, que reconheceu a "empresa unipessoal de responsabilidade limitada", da Lei de 2 de agosto de 2005, que se refere à "*empresa de patrimônio especial"* (em francês, *entreprise du patrimoine vivant)* ou da Lei de 11 de feverei-ro de 1994, relativa à iniciativa e à "*empresa"* individual. Em direito financeiro o Código Monetário e Financeiro, nos arts. L.313-12 e seguintes, se refere à empresa quando trata do regramento concernente a créditos para "*empresas*". Em seguida esse Código define as *empresas* do mercado,[5] as infrações relativas a tais empresas[6] e as empresas de investimento.[7] O Código Civil também aco-lhe a empresa em vários domínios: no das pessoas,[8] no campo do direito dos bens e diferentes modificações da propriedade,[9] no da aquisição da proprie-dade[10] e no das garantias.[11] Também o direito concorrencial, que tem como objetivo administrar as rivalidades entre agentes econômicos na busca e pre-servação de clientela,[12] trata, diretamente, da noção de empresa.[13] E, enfim, o direito penal utiliza o termo "*empresa*" quando se refere à responsabilidade do titular da empresa.

3. Artigos 81, 82, 86 e 87 CE.

4. Por exemplo: qualificação de atos de comércio (arts. L.110-1 e L.110-2 do Título primeiro do Código Comercial; domicílio das empresas (art. L.123-10 do Código Comercial); *obrigações contá-beis e fiscais* (arts. L.123-12 e L.123-13 do Código Comercial; tutoria empresarial (Art. l.129-1 do Código Comercial); auxílio para a criação de empresa (arts. L.127-2, L.127-5, L.127-6 e L.127-7 do Código Comercial); obrigações contábeis das microempresas (Art. l.123-28 do Código Comercial); proteção do empresário individual e do cônjuge (Título do Capítulo VI do Livro 5 do Código Co-mercial) ou ainda o tratamento das dificuldades das empresas (Livro 6º do Código de Comércio).

5. Arts. L. 441-1 e segs. do Código Monetário e Financeiro.

6. Arts. L. 464-1 e segs. do Código Monetário e Financeiro.

7. Arts. L.531-4 e segs. do Código Monetário e Financeiro.

8. Artigo 102 do Código Civil.

9. Artigo 529 do Código Civil.

10. Arts. 832, 1075, 1387-1, 1711,1780, 1794, 1798, 1799-1 do Código Civil.

11. Arts. 2331 e 2375 do Código Civil.

12. *Dicionário de termos jurídicos*, Dalloz, 2001,especialmente p. 217, V. *Direito da Concorrência.*

13. Artigos L.420-2, I e L.430-1 do Código Comercial.

1691 Não há, atualmente, um direito francês da empresa, e as regras aplicáveis à empresa aparecem em várias áreas do direito. Na falta de definições legais, cabe à doutrina e à jurisprudência conceituarem a empresa.

1691a. Nota da tradutora Tampouco há um direito de empresa no sistema brasileiro. Tenta-se oferecer suporte jurídico para essa instituição, a empresa, no livro *Teoria jurídica da empresa,*[14] em que se abordam as dificuldades com a transposição da ideia de Coase para o direito, que, por muito tempo ainda, estará aferrado aos perfis de Asquini. Mas, a par disso, o legislador brasileiro de 2002, ao abandonar a previsão do artigo 19 do Regulamento nº 737, de 1950, nada obstante revogado com a unificação do direito processual civil, esqueceu-se de que o legislador italiano de 1942, em igual procedimento de unificação do direito privado (não apenas o das obrigações), preservou, no ar-tigo 2195 do *Codice Civile,* o conjunto de atividades econômicas, as comerciais, sujeitas a registro no Registro de Comércio.

1692 Juristas tentaram sintetizar a noção de empresa no direito francês. Na dificuldade de construir essa noção, depara-se com um sistema cuja constru-ção está baseada no Código Civil, animada por uma ideologia individualista incapaz de exprimir ou espelhar estruturas construídas por múltiplas pessoas, bens ou contratos, como é a empresa.[15] Depois de encarada sob três ten-dências,[16] parece que uma delas prevaleceu, a que vê na empresa uma célula econômica e outra social. Nesse sentido podem-se apresentar alguns autores. Já em 1946, Ripert, na sua consagrada obra sobre os aspectos jurídicos do capitalismo moderno, explicou que a empresa é instituição nova que aparece como uma reunião de fatores de diferentes naturezas (capital e trabalho), cujo fim é o bem comum de pessoas que cooperam para a empresa e a sociedade humana.[17] A empresa nada mais é do que "[...] uma comunidade buscada, desejada para atingir certo fim".[18] De seu lado o professor Paillusseau, que dedica numerosos estudos à empresa, lembra ser ela uma entidade econômica e social (caracterizada por atividade econômica, um conjunto de meios afetos à atividade, um centro de decisões e de poder, uma organização complexa, uma comunidade humana organizada pelo direito, um centro de interesses, um acionariado), organizada pelo direito.[19]

1693 Na jurisprudência, sejam as decisões nacionais ou comunitárias, o sentido é o mesmo: ultrapassa-se a estrutura jurídica para focar qualquer organização

14. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
15. Didier 1999, 20.
16. Para apresentação destas três tendências, Pédomon 2000, p. 313. nº 386.
17. Ripert 1951, p. 272 e segs., n. 126.
18. Ripert, 1951, p. 273, n. 126.
19. Ver, por exemplo, Paillusseau, 1999a ns. 42 e segs.

dotada de autonomia decisória que tenha por objeto o exercício de atividade econômica, levando a crer que essa atividade seja o critério jurídico da empresa.

1694 Os magistrados se pronunciaram em relação à noção de "*empresa"* em múl-tiplas oportunidades. Conquanto nunca tenham definido expressamente a em-presa, não apenas impedem uma definição restritiva[20] como, demais disso, sua atitude demonstra visão funcional. Se certas decisões atestam um esboço de definição,[21] outras são mais precisas quanto aos critérios de qualificação. Des-sa forma, muitas decisões judiciais importantes conferem conteúdo à empresa. A título de exemplo, a Corte de Apelação de Lyon indica que a empresa é uma forma de atividade econômica.[22] Já os juízes de apelação de Paris analisam a empresa "[...] como a reunião em local único, de meios materiais e humanos, coordenados e organizados visando à realização de objetivo determinado".[23] Próximos destes juízes, os de Montpellier veem a empresa como a reunião de meios materiais e humanos coordenados e organizados para a realização de objetivo econômico determinado.[24] No mesmo sentido, há dez anos a Corte de cassação se manifesta, a propósito do art. L.122-12, alínea 2 do Código do Trabalho, como "*entidade econômica*".[25] Recentemente, os magistrados da Alta Corte reforçaram esse sentimento. Três espécies das definidas em 12 de março de 2002[26] – atividades liberais, associações e sociedades civis imobiliários – ve-em-se qualificadas como empresa na condição de apresentarem uma "*atividade econômica*" e sem levar em conta seu estatuto ou sua personalidade jurídica.[27]

1695 O direito comunitário (notadamente o concorrencial) desenha dois mo-delos para a empresa. De um lado, o objeto, que deve ser voltado para o exer-cício de uma atividade econômica. No direito social, jurisprudência reiterada

20. Cassação Comercial, 18 de fevereiro de 1997, *Bull Joly*, 1997, p. 414, nota P. Delebecque.

21. A empresa comercial do artigo 832 do Código Civil compreende os recursos do comércio, e o imóvel no qual esses fundos são empregados (CA Pau, 3 de julho de 1963, JCP 1963 II.13427, nota de P.Voirin) e a empresa agrícola deve ser entendida como um "[...] *conjunto econômico produtivo* [...]" (CA Bourges, julho de 1970, *D*), 1971,63, nota F.E.). Além disso, material importante não está protegido pelo artigo 992 do Código de Processo Civil, porque constitui uma empresa (CA Aix, 19 de fevereiro de 1982, *Bull*. da Corte de Aix, 1982, I, p. 92), Uma empresa manufatureira no sentido do antigo artigo 632 do Código de Comércio é a estrutura jurídica que explora (usa) máquinas muito importantes e que vende os produtos em muitos estabelecimentos.(Com. 2 de Maio de 1972, *Bull. Civ.*, IV p. 130).

22. CA Lyon, 26 de fevereiro de 1975, *D* 1976, 113.

23. CA Paris, 28 de maio de 1987, Jur 562, nota C. Bolze.

24. CA Montpellier, 7 de maio de 1987, Gaz. Pol. 1988, p. 16, nota A. *D*.

25. Para ilustrar: Cass.Ass.plén., 16 de março de 1990, *D*) 1990, Jur. 305, nota A, Lyon-Caen. Na doutrina: A Lienhard, nota sobre Civ. 1º, 12 de março de 2002 (três acórdãos) , *D*.) 2002, AJ. 1199, especialmente p. 1200.

26. Civ. 1º, 12 de março de 2002 (três acórdãos) precitado.

27. Sobre esse aspecto, especialmente, Civ. 1º 2002, (terceira espécie) precitado.

da Corte de Justiça das Comunidades Europeias define a empresa como "[...] um conjunto organizado de pessoas e elementos que permita o exercício de uma atividade econômica".[28] Paralelamente, no direito concorrencial, pro-nuncia-se da mesma forma, considerando que "[...] no contexto do direito concorrencial [...] a noção de empresa compreende toda entidade que exerça atividade econômica, independentemente do estatuto jurídico [natureza jurí-dica N.T.] dessa atividade e sua forma de financiamento".[29] De outra parte, a estrutura jurídica da empresa é uma unidade de organização dotada de poder de decisão. Muitos julgados confirmam a ligação do direito comunitário à tal composição estrutural da empresa.[30]

1696 Levando em conta as últimas manifestações judiciais da Corte de cas-sação, o sentido que se extrai, como critério dominante, remete à atividade econômica. Seria esse critério mais preciso do que a noção que visa qualificar, a saber, a empresa? Sem dúvida o direito francês define atividade econômica no artigo L.410-I do Código de Comércio ao empregar a expressão "*atividades de produção e distribuição ou de serviços*", porém a determinação do critério fi-nanceiro dessa atividade e de seu modo de apreciação é complexa,[31] fonte de insegurança jurídica. É possível, com base nesse critério, determinar de forma confiável o que é uma empresa? O estágio da construção da noção jurídica de "*empresa*" não decepciona?[32] Finalmente, considerando as observações do professor Pailluseau,[33] a empresa, parece, só pode ser entendida a partir das realidades socioeconômicas, de sorte que o direito não permite um conclusão, tanto as concepções são diversas conforme seus ramos.[34] Daí a utilidade da abordagem feita neste capítulo.

1697 Em resumo, nada obstante sua importância, a empresa continua a ser uma categoria de contornos imprecisos, dificultando sua apreensão pelos ju-ristas. A dificuldade subsiste ainda quando o legislador tenta definir a noção de empresa, como é o caso de Québec. Os juristas se empenham em traçar as fronteiras da empresa tentando identificar as características fundamentais.

28. CJCE 11 de março de 1997, *Süzen*, caso C-13/95 *Rev*. I, 1997, p. 1295.

29. CJCE 12 de setembro de 2000, *P. Pavlov*, caso. C-180/98 a C-184/98, *Rev.* 2000, p. I.6451; CJCE 23 de abril de 1991, *Höfner e Elser*, caso C-41/90, *Rev*. 1991, p. I.1979.

30. A respeito de unidade de organização, CJCE, 11 de março de 1997, *Süzen*, caso C-13/95, *Rev.* I, 1997, p. 1259; CJCE, 25 de janeiro de 2001 *Oy Lukenne*, caso C 172/99, Europa, março de 2001, comentário nº 95. Sobre autonomia decisória, CJCE, 1º de outubro de 1987, *Vereiniging van Vaamse Reisbureaus*, caso 331/85, *Rev.* 1987, p. 3801; CJCE 16 de setembro de 1999, *Jean-Claude Bécu*, caso C-22/98, *Rev.* 1999, p. I.5655.

31. I. Idot, art. citado, p. 196 e segs. nºˢ 13 e segs.

32. Paillusseau 1999a, n. 33.

33. Paillusseau, 1999b, 159.

34. Blaise 2002, p. 196, n. 343.

1697a. Nota da tradutora Parte da doutrina pátria entende que o elemento ou característica que identifica a empresa é a organização, esquecendo-se que ONGs, que têm o termo "*organização*" na sua denominação, não são, para os efeitos legais, qualificadas como empresas.

1698 A ciência econômica se interessou, há muito tempo, pela noção de em-presa, abordando questões que se assemelham às dos juristas. Seguindo Co-ase, os economistas buscam explicar a razão de ser da empresa como modo de organização da produção. Ao fazê-lo, elaboraram diversas teorias visando explicar esse modo de organização. Como veremos, os trabalhos dos econo-mistas permitem clarear as dificuldades recorrentes enfrentadas pelos juristas (Seção 1). Além disso, nos estimulam a abrir a caixa-preta das diferentes formas jurídicas da empresa a fim de compreender as linhas fortes e o funcio-namento (Seção 2).

Seção 1

A empresa como forma de organização da produção

1. VISÃO GERAL – A TEORIA NEOCLÁSSICA DA EMPRESA

1699 A teoria econômica neoclássica considera a empresa como unidade de produção, propriedade do empresário que visa à maximização dos lucros.[35] A empresa transforma entradas (matérias-primas, recursos humanos e finan-ceiros), para produzir bens ou serviços a fim de maximizar os lucros. Dessa perspectiva, a empresa parece ter diversas vantagens que explicam sua exis-tência. Geralmente agrupa muitos trabalhadores que atuam em conjunto para a produção de bens ou prestação de serviços. O trabalho pode ser dividido e repartido entre os empregados segundo sua capacitação ou *expertise*. A espe-cialização do trabalho, resultante dessa utilização concorrente das diferentes capacitações e habilidades dos empregados para exercerem diferentes tarefas, permite a exploração de vantagens competitivas em benefício da empresa. A especialização do trabalho aumenta a produtividade e permite obter eco-nomias de escala que aumentam o atrativo desse modo de organização da produção.[36]

35. Smith 1991; Marshall 1961.

36. Há economias de escala desde que o custo médio de produção caia de forma constante na me-dida do aumento da quantidade produzida.

1700 Embora simples, a teoria neoclássica permanece, em muitos sentidos, útil.[37] Primeiro porque pode ser formalizada de modo geral mediante equação matemática. Em segundo lugar, a teoria oferece um quadro analítico funcional para examinar a influência de variáveis exógenas. Enfim, permite estudar as interações entre empresas em ambiente oligopolista.

1701 Apesar de seu interesse a teoria neoclássica da empresa tem considerá-veis lacunas. Não trata da organização da produção no seio da empresa, que é vista como uma função de produção ou uma “caixa-preta”. À teoria neoclás-sica interessa apenas o funcionamento do mercado como forma de repartição dos recursos. De outra maneira, a teoria não oferece explicações referentes aos limites ou fronteiras da empresa.

1702 Fundamentalmente, a teoria neoclássica não explica por que a empresa existe nem quais os fatores que influem sobre seu tamanho. Essa lacuna é significativa. Em face da eficiência do mecanismo de preços mediante o qual o mercado coordena a atividade econômica, é de indagar sobre a necessidade de se recorrer à empresa na organização da produção.[38] O exemplo da *Monorail Corporation* ao comercializar computadores é eloquente.[39] Essa sociedade não tem fábrica nem depósito ou entreposto, nem qualquer ativo tangível relevan-te. Exerce a atividade em escritórios alugados que ocupam um andar de edifí-cio comercial em Atlanta. Os computadores são produzidos por trabalhadores autônomos. O cliente que desejar adquirir um computador da Monorail faz a encomenda por meio do Federal Express [serviço de entregas postais, NT], que a retransmite para um fabricante. Este monta o computador a partir de diversos componentes. Em seguida, a Federal Express envia a encomenda ao cliente e o banco Sun Trust cobra o preço. Por que, como a Monorail, todos os empresários não recorrem ao mercado para organizar a produção de bens e serviços por meio de um conjunto de relações contratuais e se beneficia, ainda, da especialização do trabalho? Em outros termos, por que a empresa e o mercado coexistem como modos de organização da atividade econômica?

2. AS PRINCIPAIS TEORIAS ECONÔMICAS ESPECÍFICAS PARA A EMPRESA: FERRAMENTAS PARA O JURISTA

a. A teoria dos custos de transação

1703 Em 1937, o prêmio Nobel de economia Ronald Coase tentou explicar a razão de ser da empresa em artigo seminal intitulado “The nature of the

37. Hart 1989, 1758.

38. Os primeiros economistas a indagarem a respeito do motivo de ser da empresa são Coase 1937 e Knight 1948.

39. Mcklethwait/Wooldrige 2003, 183-184.

firm".[40] A resposta de Coase, que atualmente parece simples, permanece for-te: a empresa responde à necessidade de reduzir os custos de organizar a produção através do mercado. Dessa forma, o empresário recorre à empresa quando os custos de organizar as atividades de produção pelo mercado exce-dem os resultantes do uso da empresa.

1704 A resposta de Coase tem base na concepção de que o mercado é meca-nismo de coordenação das atividades econômicas fundado na troca e no con-trato. Segundo a teoria econômica clássica, a troca econômica não é processo complexo, uma vez que o mercado oferece preços conhecidos que guiam o empresário nas suas operações. A contribuição de Coase, nesse aspecto, é acentuar que o processo de troca é complexo e gera custos, denominados custos de transação, que devem ser considerados pelo empresário na sua de-cisão de organizar as atividades de produção. E, especialmente, Coase iden-tifica três diferentes custos ligados à utilização do mercado. Segundo Coase, o empresário que deseja produzir determinado bem deve incorrer nos custos de descoberta dos preços adequados. Em segundo lugar, o empresário deve encontrar a outra parte contratante e negociar e redigir contrato que espelhe as modalidades da operação (transação) como, por exemplo, a qualidade da prestação, a quantidade de bens adquiridos e o prazo de entrega. Em terceiro lugar, o empresário deve assumir os custos relacionados às relações de longo prazo. No contexto de tais relações, o empresário nem sempre pode definir, com precisão, a prestação futura do outro contratante. Dessa forma, o empre-sário deve prever custos adicionais para controlar os riscos de comportamen-to oportunista do outro contratante que tentaria de aproveitar de tal incerteza na execução do contrato.

1705 Dessa perspectiva, a empresa constitui uma forma de organização dos recursos que pode superar o mercado minimizando os custos de transação. A redução de custos se dá mediante atribuição ao empresário de autoridade no que concerne à realização da operação.

> "fora da empresa, os movimentos dos preços direcionam a produção que é coordenada por uma série de trocas no mercado. Dentro da empresa, essas trocas são eliminadas e o mercado, estrutura complexa caracterizada pelas trocas, é substituído pelo empre-sário coordenador que dirige a produção."[41]

1706 Dentro da empresa, o empresário contrata empregados que comparecem diariamente para preencher as diferentes funções de produção. O empresário não precisa negociar e redigir, continuadamente, contratos para a execução

40. Coase, 1937.

41. Coase 1937, p. 388: "*Outside the firms price movements direct production, which is coordinated through a series of exchange transactions on the market. Within a firm these market transactions are eliminated, and in place of the complicated market structure with exchange transactions, is substituted by the entrepreneur-coordinator, who directs production*".

dessas funções. Para a produção de bens ou serviços complexos, a empresa oferece inegáveis vantagens ao reduzir custos de transação.

1707 Considerando as diferentes vantagens resultantes da empresa, por que todas as atividades de produção não são levadas a cabo por meio dessa forma de organização? A resposta é que a organização da produção por meio da em-presa tem, também, algumas desvantagens. Entre elas, aponta-se desde logo o fato de que o recurso à empresa cria custos de agência que podem diminuir suas vantagens comparativas em face do mercado.[42] Em segundo lugar, na empresa, os empregados não estão diretamente submetidos à concorrência de outros fornecedores no mercado, na função de produção em que atuam. A relativa imunidade dos empregados quanto à concorrência pode afetar ne-gativamente a qualidade e custos de produção do bem ou do serviço e, dessa forma, prejudicar a competitividade da empresa.

1708 O prof. Oliver Williamson, com apoio nos trabalhos de Coase, elabora uma teoria da empresa baseada nos custos de transação.[43] Williamson tenta operacionalizar a posição de Coase segundo a qual os custos de transação de-terminam a escolha da organização da produção por meio da empresa ou do mercado. Sua teoria se interessa particularmente pelos custos criados por deta-lhes institucionais da organização da empresa e das relações entre empresas.

1709 Williamson constata que as pessoas podem recorrer a contratos de curto prazo para exercer atividades de produção. Se constituem inegável alternati-va, esses contratos, como explica Coase, geram custos de transação. Para mi-nimizar esses custos de transação as pessoas têm a possibilidade de celebrar contratos de longo prazo, assumindo obrigações a serem cumpridas no futu-ro. Num mundo ideal, esses contratos preveriam "todos e quaisquer eventos ou estados da natureza que possam ocorrer durante o prazo do contrato" e, especificamente, "todas as respostas aplicáveis à ocorrência de tais eventos futuros".[44] De outra forma, dir-se-á que os contratos seriam "perfeitos".[45]

1710 O mundo real se afasta desse ideal. Dois fatores influem sobre o com-portamento individual limitando o uso de contratos de longo prazo: a ra-cionalidade limitada e o oportunismo. A racionalidade limitada se refere às dificuldades das pessoas em acumular e analisar a informação de modo con-fiável.[46] Assim, se tiverem a intenção de se comportar racionalmente, as pes-soas ficarão restritas pelos limites heurísticos.[47] A principal consequência da

42. Jensen e Meckling 1976.

43. Williamson 1975; Williamson 1985.

44. Koening 1993, p. 63.

45. Ver Parte I, Capítulo 5.

46. Ver Parte I, Capítulo 1.

47. Ver Simon 1961, p. xxix.

racionalidade limitada é que as pessoas têm dificuldade de estipular contratos perfeitos que prevejam todas as eventualidades.

1711 O fenômeno da racionalidade limitada não terá consequências se as pes-soas forem totalmente confiáveis. A troca recíproca de vontades seria suficien-te para garantir às partes que as obrigações a serem executadas futuramente o seriam conforme estipulado. Entretanto, Williamson observa que as pessoas tendem a ser oportunistas, isto é, a buscar seu interesse pessoal recorrendo à astúcia e à trapaça.[48]

1712 O oportunismo se torna possível pelas assimetrias informacionais entre as partes. As assimetrias decorrem de revelação incompleta, deformada ou falsificada da informação. Interfere nas capacidades, preferências ou inten-ções das partes. Na fase pré-contratual, o oportunismo pode até ensejar a se-leção adversa.[49] Na fase de execução do contrato, o oportunismo se apresenta sob a forma de risco moral.[50]

1713 O oportunismo depende de fatores contextuais da transação (operação negocial) notadamente da especificidade dos ativos.[51] A especificidade de um ativo se refere à possibilidade de realocá-lo. Se tiver características originais, adaptadas especialmente para as atividades de produção, diz-se que o ativo é específico dada a dificuldade de substituí-lo por outro. A especificidade desse ativo cria um problema de oportunismo mútuo particular. De uma parte, a unidade de produção, que depende de um ativo específico, é vulnerável em face do fornecedor que, inexistindo concorrência, tem o poder para desorga-nizar suas atividades e extrair remuneração excessiva. De outra, o fornecedor do ativo específico se torna dependente da unidade de produção. Se ela cessa ou encerra sua atividade, o valor do ativo específico cairá consideravelmente no mercado.

1714 Diante desses fatos, Williamson se volta para modos de coordenação da produção mais eficazes para reduzir os custos engendrados pela racionalidade limitada e o oportunismo. Distingue três modos fundamentais de coordena-ção da produção: o mercado, a empresa e os mecanismos híbridos.[52] O mer-cado, que implica a celebração de contratos pontuais em que a identidade do contratante é marginal, constitui modo de coordenação eficaz enquanto os ativos em causa sejam pouco específicos. Quando a especificidade do ativo aumenta e as transações são frequentes, a empresa se torna mais eficaz. A

48. Williamson define oportunismo como condição "*of self-interest seeking that contemplates guile*" (autointeresse que pode ser dolosa).

49. Ver Parte I, Capítulo 4.

50. Ver Parte I, Capítulo 4.

51. Outros fatores, igualmente, influem sobre a intensidade do oportunismo, a saber a incerteza ao redor das transações, assim como sua frequência.

52. Williamson 1979; Williamson 1981.

empresa, segundo Williamson, é mecanismo de governança hierárquica insti-tuída por intermédio de contratos "personalizados" que permitem lidar com as particularidades das transações. As características da empresa a tornam mais apta a resolver os problemas de oportunismo no quadro dos contratos incompletos. Como nota Joffre: "A suposta vantagem da empresa é reduzir incertezas graças a uma rede estruturada de comunicação e de seu sistema hierárquico de tomada de decisão. A incerteza é, dessa forma, diminuída, e graças à ordem e à hierarquia a racionalidade das pessoas é ampliada."[53] Enfim, os mecanismos híbridos se impõem quando se trata de ativos espe-cíficos quando a frenquência das operações não justificar o recurso à forma hierárquica da empresa, mas cujo recurso o mercado não seja suficiente. Es-ses mecanismos se articulam mediante contratos "neoclássicos" que preveem cláusulas de proteção para casos de inexecução de uma das partes e de arbi-tragem externa em caso de litígio.

b. *A teoria da coalizão*

1715 Apenas uns 40 anos depois da publicação dos trabalhos de Coase é que a teoria dos custos de transação proposta para explicar a natureza da firma (empresa) foi examinada por Alchian e Demsetz.[54] Esses autores reconhecem, com Coase, que a empresa existe como forma alternativa de organização da produção em razão dos custos de transação associados ao processo de mer-cado. Criticam os trabalhos de Coase apontando que não identificam os fato-res que permitem determinar em que situações os custos de organização de produção na empresa são inferiores aos do mercado. Questionam a teoria de Coase segundo a qual a empresa é entidade à margem do mercado.

1716 A teoria da coalizão de Alchian e Demsetz constitui tentativa de reme-diar as lacunas do modelo de Coase. Alchian e Demsetz fundam sua teoria na observação de que uma parcela importante da atividade de produção implica coalisão dos diversos fatores de produção, quer dizer, uma empresa. Os auto-res denominam coalizão um processo de produção que implica em numerosos insumos que pertencem a mais de um fornecedor e cuja reunião gera uma produção que ultrapassa a simples agregação de insumos. Os fornecedores têm interesse em formar coalizões dados os ganhos que delas resultam: ao cooperar em uma empresa, os fornecedores aumentam a produtividade desses últimos, o que lhes promete melhor rendimento.

1717 O resultado de um processo de produção fundado na coalizão é tributário dos esforços conjuntos dos fornecedores. A fim de estimular cada um dos fornecedores a maximizar sua vantagem comparativa, é necessário identificar a contribuição individual de cada um deles para a produção coletiva. Isso cria

53. Jofrre, 1987, p. 90.

54. Alchian e Demsetz 1972.

dificuldades pois as contribuições individuais não se refletem, especificamen-te, na produção coletiva.[55]

1718 Como é difícil identificar a contribuição individual dos fornecedores, essa forma de produção pode levar a caronas pelos membros da coalizão que apro-veitam a produção coletiva sem contribuir de forma justa. Tais comportamen-tos oportunistas aumentam os custos de produção e tornam a empresa menos eficaz como forma de organização dos recursos.

1719 A ideia inovadora de Alchian e Demsetz é expor que a empresa é modo de organização da produção em que a coalizão supera o mercado, uma vez que a empresa permite melhor controle dos riscos de oportunismo. A argumentação repousa sobre o papel do empresário na solução de problemas gerados pelo tra-balho em equipe.[56] Nesse modelo, os fornecedores de insumos contratam com o empresário para prever modalidades de produção coletiva. Nos termos desses contratos, o empresário se obriga a remunerá-los segundo uma taxa determina-da em troca do fornecimento dos insumos. Em contrapartida, os fornecedores de insumos aceitam que o empresário estipule as condições de sua contribui-ção, bem como as modalidades de fiscalização. Para Alchian e Demsetz, o poder do empresário se valoriza em um contexto contratual, isto é, de comercialidade. Isso não difere de operar contratando em mercado, contrariamente à opinião de Coase, que põe a autoridade do empresário fora do mercado.

> "É frequente considerar-se que a empresa seja caracterizada pela existência de um poder para resolver disputas por meio de autorização, autoridade ou ação disciplinar, poder este que seria superior ao existente no mercado. Isto não é senão uma ilusão. A empresa não é proprietária de todos os insumos. Não tem poder de autorização, autoridade ou ação disciplinar diferente de qualquer outra forma de trocas comerciais comuns feitas para partes mediante contratos."[57]

1720 Nesse contexto, o empresário fiscaliza a contribuição de cada um dos par-ticipantes da coalizão e distribui a remuneração em função de sua contribuição

55. Alchian e Demsetz 1972, p. 779: "*individual cooperating inputs do not yield identifiable, separate products which can be summed up to measure the total output*" (cooperação individual de insumos não identificáveis não levam a produtos separados que podem ser somados para mensurar o total produzido).

56. Alchian e Demsetz 1972; Cheffins 1997.

57. Alchian e Demsetz, 1972, p. 777: "*His common to see the firm characterized by the settle issues by fiat, by rutherity, or by disciplinary action superior to that available in the conventional market. This is delusion. The firm does not own all its inputs. It has no power of fiat, no disciplinary action any different in the sligfest degree from originary market contracting between any to people*". (É comum ver a empresa caracterizada pelo poder para resolver questões por meio de ordens, por autoridade ou por medidas discipli-nares superiores às que se encontram no mercado convencional. Isto é ilusão. A empresa não tem propriedade sobre tudo que produz. Não tem poder para ordenar ou autoridade, nem ações disciplinares diferentes, no menor nível, do que as comuns no mercado em face de contratos entre quaisquer duas pessoas).

para a produção coletiva. Avalia a produtividade, detecta os comportamen-tos de carona, sanciona os membros, atribui tarefas e pode até modificar a composição da equipe. Para tanto, dispõe do poder de revisar os termos dos contratos de qualquer dos membros da coalizão. O empresário organiza a produção e supervisiona os membros da equipe a fim de maximizar a eficiên-cia das atividades. Em troca, obtém remuneração na forma de um direito aos benefícios residuais e os fluxos quase certos que devem ser pagos aos outros fornecedores de capitais. Além disso, quanto mais eficaz for o empresário na organização e fiscalização das atividades da equipe de produção, mais elevada será sua remuneração.

1721 Em suma, Alchian e Demsetz identificam o oportunismo como um custo específico associado à produção coletiva que resulta da dificuldade de medir os níveis de produtividade de cada um dos membros da coalizão. Esses auto-res notam que o custo é menos relevante se a produção for organizada dentro da empresa do que em mercado. Alchian e Demsetz resumem sua teoria real-çando as seguintes cinco funções do empresário: (1) ele é o titular do direito aos benefícios residuais; (2) ele observa o comportamento dos fornecedores de recursos; (3) está no centro de todos os contratos celebrados com os for-necedores de recursos; (4) pode modificar a composição da equipe; (5) tem a faculdade de vender seus direitos. Para Alchian e Demsetz, a existência e a organização da empresa podem ser compreendidas como parte do processo comercial. Por isso é preciso ter consciência de que o processo comercial que rege os negócios externos da empresa é diferente do que rege os internos. A diferença principal decorre do modo de produção da empresa.

1722 A teoria de Alchian e Demsetz oferece explicação melhor sobre a essência da empresa, por que ela existe e quais as relações fundamentais que regem seu funcionamento interno. Além disso, os trabalhos de Alchian e Demsetz introduziram a preocupação relativa aos riscos de oportunismo dos membros da empresa, que influenciará significativamente o direito das sociedades por ações e matérias relativas à administração da empresa.

c. A teoria da rede de contratos

1723 A teoria da rede de contratos proposta por Jensen e Meckling se insere no prolongamento da teoria da coalizão. Assim como Alchian e Demsetz, Jensen e Meckling reconhecem que o processo contratual domina os negócios internos da empresa.[58] Por isso Jensen e Meckling estendem o papel do con-trato para além daquele ligado à função de produção, isto é, os contratos de trabalho, incluindo o conjunto de contratos celebrados entre a empresa e o meio ambiente: clientes, fornecedores, credores etc. Dessa forma, a empresa é

58. Ver Alchian e Demsetz 1972, p. 777.

um rede de contratos: “a empresa é, simplesmente, uma ficção legal que serve como núcleo para um conjunto de relações contratuais".[59]

1724 Nesse modelo, os contratos que se formam dentro da empresa estabele-cem modalidades de fornecimento e de agenciamento de recursos, bem como a repartição das rendas geradas pelos bens ou serviços produzidos.[60] Os em-pregados fornecem sua mão de obra, enquanto os credores garantem o finan-ciamento por via de endividamento. Os acionistas, que são os provedores de capitais próprios, assumem os riscos de perdas e supervisionam os adminis-tradores. Estes, por sua vez, fiscalizam o trabalho dos empregados e coorde-nam as atividades de todos os fatores da produção, negociando com cada um dos intervenientes. Os intervenientes não são titulares senão de direitos e obrigações que negociaram com a empresa. Evidente que os elementos nego-ciados dessa forma variarão significativamente em função das exigências das partes. A título de exemplo, o rendimento exigido pelos acionistas de uma sociedade variará em função do grau de risco associado à empresa explorada. Da mesma forma, os empregados com alto nível de capacitação poderão exigir remuneração mais elevada que os outros.

1724a. Nota da tradutora Nota-se que no Brasil a legislação trabalhista im-põe isonomia salarial para pessoas que exerçam a mesma função, desde que não haja entre elas lapso temporal no cargo, de menos de dois anos. Ter-se-ia, nesse caso, reconhecimento de que o tempo de trabalho pode criar diferenças na remuneração por conta de maior qualificação. Resta verificar se este é o entendimento da Justiça do Trabalho e/ou aceito pelos sindicatos.

1725 Para compreender a teoria do rede de contratos, é preciso notar que a noção de contrato empregada nesse contexto o toma em sentido largo. Os economistas não adotam a definição de contrato dos juristas. Para estes, o contrato consiste em ato jurídico (negócio jurídico segundo o direito bra-sileiro), resultante de acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, que produz efeitos jurídicos. Para o economista, o contrato é um entendimento caracterizado por acordos e comportamentos recíprocos os quais são ditados e orientados por interesse mútuo visando a realização de interesse comum, ou seja, um ganho de Pareto.[61] O economista não se interessa pelas condições de formação do contrato. Pouco lhe importam as obrigações legalmente assu-midas pelas partes. Debruça-se mais no que diz respeito ao interesse comum mutuamente ajustado e os acordos recíprocos e aos comportamentos indivi-duais dados os benefícios da outra. Esses acordos recíprocos podem adotar a forma de contratos explícitos, suscetíveis de sanção judicial, assim como de

59. Jensen e Meckling 1976, p. 311 “*[the] firm is simply one form of legal fiction which serves as a nexus for contracting relationships*”.

60. Fama 1980, p. 290.

61. Cheffins 1997, p. xlviii; Easterbrook e Fischel 1991, p. 14-22.

convenções implícitas sancionadas por mecanismos extrajudiciais modelados pelo mercado.[62]

1726 A teoria da rede de contratos enriquece a concepção neoclássica da em-presa segundo a qual ela é "um agente econômico cuja função é produzir e cujo objetivo é maximizar os lucros".[63] Ela completa a concepção neoclássica pondo em evidência o elemento mediante o qual os recursos são reunidos para a produção: um conjunto de contratos explícitos e implícitos entre os proprietários dos recursos (acionistas, credores, empregados, fornecedores, administradores). A empresa serve, então, para a concretização de um proces-so de equilíbrio complexo entre os objetivos das pessoas no interior de uma moldura contratual.[64]

d. A teoria dos direitos de propriedade

1727 A teoria da empresa fundada na noção de direitos de propriedade foi ela-borada pelo professor Oliver Hart.[65] Tem muitas similaridades com a teoria da coalizão e a teoria dos custos de transação. Tal como Coase, esta teoria con-sidera que as relações entre empresas são regidas por contrato. Igualmente admite a tese de Alchian e Demsetz segundo a qual as relações internas são enquadradas pelo contrato. Enfim, a teoria dos direitos de propriedade reco-nhece que a racionalidade limitada impede a redação de contratos completos, o que acentua os problemas de oportunismo.

1728 A teoria dos direitos de propriedade se afasta das precedentes relativa-mente à identificação do mecanismo que permite responder ao problema dos contratos imperfeitos. Tanto que Hart considera que a solução para esse pro-blema está na atribuição de direitos de propriedade:

> "Dado que um contrato não precisará todas as dimensões de utilização dos ativos, quem terá o direito de preencher estas lacunas? Conforme a abordagem dos direitos de pro-priedade, esse direito cabe ao proprietário. De outra forma, o proprietário de um ativo é titular do direito residual de controle sobre o mesmo: o direito de determinar todo uso do ativo que não seja incompatível com o contrato, o costume ou a lei. Em verdade, a titularidade do direito residual de controle é praticamente a definição da propriedade."[66]

62. Gordon 1989, p. 1549.

63. Angelier 1991, p. 26.

64. Jensen e Meckling 1976, p. 211. Sob esta perspectiva, a dinâmica que anima a empresa se asse-melha à do mercado: é resultado de um processo de equilíbrio complexo.

65. Grossman e Hart 1996; Hart 1999; Hart e Moore 1990.

66. Hart 1995, p. 30: "*Given that a contract will not specify all aspects of asset usage in every contingency, who has the right to decide about missing usages? According to the property rigths approach, it is the owner of the asset in question who has this right. That is, the owner of the an asset has residual control rights over that asset: the right to decide all usages of the asset in any way not inconsistent with a prior contract, custom, or law fact, possession of residual control rigths is taken virtually to be the definition of ownership.*".

1729 Dito de outra forma, a atribuição de direitos de propriedade é elemento crucial de governança das relações contratuais. Enquanto o titular de um di-reito de propriedade conserva o controle residual sobre o bem, deverá ter o poder de resolver as diferenças que resultarem da existência de lacunas nos contratos relativos a tal bem.

1730 Hart recorre a essa proposição geral para explicar a natureza da empresa da seguinte maneira. A empresa permite reduzir os custos de transação que resultam de contratos incompletos ao concentrarem a propriedade de ativos, tangíveis, destinados à produção dentro da unidade. Essa concentração da propriedade confere à empresa uma autoridade sobre os recursos humanos que devem utilizar esses ativos durante seu trabalho. A empresa detém um poder de controle que permite preencher, com custos menores, as lacunas contratuais quando se manifestarem e, da mesma forma, conter comporta-mentos oportunistas. Em resumo, a propriedade dos ativos tangíveis de produção constitui o elemento distintivo da empresa. Este o critério que permite traçar as fronteiras da empresa.

1731 Apontando a emergência de uma nova teoria econômica fundada sobre o conhecimento, alguns autores consideram que a teoria fundada nos ativos tangíveis deve ser generalizada para manter sua importância como explica-ção.[67] Na nova economia, os recursos humanos são menos dependentes dos ativos tangíveis que pertencem à empresa. Também a solução de diferenças derivadas dos contratos incompletos não pode ser limitada apenas à proprie-dade de tais ativos. Para Rajan e Zingales, é preciso ampliar essa concepção de empresa que se funda nos direitos de propriedade para abrir espaço a outra fonte de poder que se funda no controle de "acesso".[68] O acesso, segundo esses autores, se refere à possibilidade de utilizar um recurso fundamental. Se o recurso fundamental for uma máquina, o acesso se refere à possibilidade de operá-la; se se tratar de uma ideia, o acesso consiste em ter a possibilidade de estar exposto aos detalhes; se se tratar de uma pessoa, o acesso se refere ao fato de poder trabalhar com ela. Dessa perspectiva, a empresa não deveria ser definida apenas em função da propriedade de ativos tangíveis, mas, sobre-tudo, em face da noção mais ampla de controle do acesso.

3. A CONTRIBUIÇÃO DAS TEORIAS ECONÔMICAS PARA O ENTENDIMENTO DA NOÇÃO DE EMPRESA

1732 O conhecimento das teorias da empresa pelos juristas permite o aces-so a ferramentas conceituais que facilitam compreender as dimensões legais dessa noção. O exemplo de Québec permite ilustrar o potencial das teorias

67. Rajan e Zingales 2000, p. 201: Rajan e Zingales 1996.

68. Rajan e Zingales 2000, p. 201.

econômicas. Lembremo-nos que o direito de Québec põe a noção de empresa em lugar central no Código Civil. Embora a noção esteja definida no arti-go 1.525, os juristas continuam a ter dificuldades em delimitar seu âmbito. As dificuldades concernem aos dois principais elementos componentes da defi-nição de empresa, a saber "a atividade econômica consistente na produção ou realização [transformação, NT] de bens, sua administração ou venda, ou na prestação de serviços" e a noção de "organização". Ora, as teorias econômicas oferecem ricas pistas de reflexão para resolver tais dificuldades.

1733 No que diz respeito ao primeiro componente, a doutrina provou a di-ficuldade ao adotar o significado, notadamente no caracterizar a atividade do especulador no mercado financeiro (*day trader*).[69] Os autores, finalmente, aceitaram curioso argumento para concluir que não se trata de uma empresa. Esse argumento consiste na falta de um liame proporcional entre o esforço e os resultados.[70]

1734 A teoria econômica pode contribuir para resolver essa dificuldade? Na teoria econômica neoclássica, atividade econômica designa tanto a função de consumo quanto a de produção.[71] A primeira se volta para a utilização dos mecanismos de troca para obter mercadorias e serviços destinados à satisfa-ção de necessidades. A segunda remete à transformação dos fluxos de entrada (matérias-primas, serviços etc.) em fluxo de saída (produtos acabados, resí-duos ou dejetos etc.) segundo uma lógica de otimização de seu objetivo, que é satisfazer necessidades.

1735 Em relação a tais conceitos, podemos constatar que o legislador precisa, no art. 1.525 (3), que a noção de empresa se refere à função de produção. Com efeito, acentua essa função de produção ao determinar que é preciso que haja atividade que possa ser prender a uma das seguintes atividades: a produção ou transformação de bens, a administração de bens, a alienação de bens ou a prestação de serviços. Essa interpretação é coerente com a definição de empresa pela teoria neoclássica, segundo a qual a empresa é uma unidade especializada de produção. Ela cabe, igualmente, na definição de contrato de consumo prevista no artigo 1384 do Código Civil de Québec, que descreve a função de consumo da qual a de produção é a contrapartida. Segundo tal de-finição, o contrato de consumo consiste em negócio jurídico mediante o qual uma das partes, sendo pessoa natural, o consumidor, adquire, aluga ou toma emprestado, ou de alguma outra maneira obtém, para fins pessoais, familiares ou domésticos, bens ou serviços de uma empresa que os forneça.

1736 O fato de a definição de empresa se voltar para atividades de produção gera importante consequência; o bem ou o serviço não devem ser produzidos

69. Ver Lauzon 1993, 965: Dalphond 1994, 46-52.

70. Vachon 1997, 146.

71. Munier 1974, 21.

para consumo por aquele ou aqueles que o fazem. Tanto é que a função da empresa é exercer atividade de produção destinada a terceiros, como aponta Demsetz: "Segundo essa teoria, a empresa não é simplesmente um caixa-pre-ta; é uma caixa-preta especializada. Pode ter mais de uma atividade dentro de suas fronteiras. Portanto, o que fizer visa a terceiros e não a seus membros."[72] De outra forma, a noção de empresa exlui as atividades para autoconsumo.[73] É, portanto, o que reconhecem os autores ao apontar que é "da natureza da atividade econômica de uma empresa ter como vocação a troca de bens e ser-viços, quer dizer, ser destinada a um mercado determinado".[74]

1737 A aplicação desses elementos da teoria econômica neoclássica ao exemplo mencionado anteriormente do especulador leva ao seguinte resultado: nesse caso, estamos frente a atividades de autoconsumo, quer dizer, atividades que se voltam para os membros da unidade que para tanto contribuem. Por esse motivo, tais atividades não deveriam ser qualificadas como empresa.[75]

1738 O segundo componente da definição de empresa relevante para o conceito de organização realça, também, suas dificuldades. Conforme opinião domi-nante, a noção de organização deve ser analisada sob duas vertentes: uma in-telectual e outra material.[76] A material se refere à reunião de fatores humanos e materiais para realizar a função de produção. Mesmo que todos os autores concordem quanto à pertinência desse critério, divergem em face da impor-tância dos elementos humanos e materiais que devem estar presentes. Assim, um autor considera que esse critério exige a afetação de uma quantidade sig-nificativa de bens para a atividade.[77] Outros consideram que não é necessário que a quantidade ou valor dos bens destinados à atividade seja importante. Os ativos "podem variar da sociedade gigantesca, com seu pessoal, ferramentas e equipamentos e seus imóveis, ao conjunto de ferramentas do artesão".[78]

1739 De sua parte, no campo intelectual, é preciso que uma atividade seja "equi-pada, ordenada e pensada ou refletida de maneira a se chegar aos resultados

72. Demesetz 1997, 8: "*The firm in this theory is not just a black box, it is a specialized black box. It may do more than one thing within its boundaries, but whatever it does is directed toward use by outsiders, not insiders*."

73. Interessante observar que os autores reconhecem esse critério, sem, contudo, explicar a razão de sua importância. Assim Dalphond (1994), 52, acentua que "a sobrevida de toda empresa, qual-quer que seja sua finalidade, requer a presença de um mercado interessado nos bens e serviços ofertados pelo empreendedor". Igualmente Vachon (1997), p. 146, nota que a empresa "deve ter uma certa clientela, reputação, um mercado de oportunidades para seus produtos ou serviços".

74. Antaki/Bouchard 1999, 213-214.

75. Nesse sentido, ver Vachon 1997, que aponta esse elemento sem justificar seu fundamento.

76. Para síntese, ver Thériault 1999, 50-52.

77. Goudreau 1994.

78. Dalphond 1994, 52. Ver, ainda, Vachon 1997, 147.

determinados".[79] A atividade "não deve ser fruto da sorte, sendo preciso um plano de ação e com objetivos predeterminados pelo empresário".[80] Em suma, os fatos devem demonstrar que existe uma direção na escolha dos objetivos, que dita as orientações e fiscaliza sua realização. Em reconhecimento da per-tinência desses dois elementos, a jurisprudência optou, até agora, por aborda-gem flexível deixando ampla margem para o aspecto intelectual.[81]

1740 Para interpretar a noção de organização, os autores se esforçaram e os tribunais privilegiaram o emprego das fontes clássicas que são o direito com-parado,[82] dicionários[83] e analogias.[84] A utilidade dessas fontes, entretanto, mostrou-se limitada pois não ofereceram bases bastante precisas para traçar os contornos dessa noção.

1741 Novamente, as teorias econômicas são úteis para compreender o con-ceito de organização. Lembremo-nos que, de acordo com a teoria econômica neoclássica, a empresa é uma unidade especializada na produção. O único elemento determinante para a qualificação de uma empresa é a existência de atividades de produção. Esse conceito corresponde, essencialmente, ao pri-meiro elemento da definição do artigo 1.525 C.c.Q. Desta perspectiva, a exi-gência prevista por esse artigo, segundo a qual a atividade econômica deve ser "organizada", seria supérflua.

1741a. Nota da tradutora O legislador brasileiro de 2002, optou por deno-minar o Livro II da Parte Especial do Código Civil brasileiro "Do Direito de Empresa", nada obstante no anteprojeto se previsse o título "Da Atividade Negocial". Como observado atrás, o legislador brasileiro tomou como modelo o *Codice Civile* de 1940, em que a matéria é tratada no capítulo denominado *Del Lavoro,* indicativo de que se trataria de uma espécie de atividade econô-mica. Prudentemente o legislador italiano qualifica certas atividades como mercantis (relação do art. 2195 cc), que devem ser registradas no registro do comércio. A opção brasileira, porém, afastando-se tanto da italiana quanto da canadense de Québec, deixou como "pista" para a qualificação de ativi-dades apenas os tipos societários. Foi pouco cauteloso quando importou a estrutura da *società semplice* do direito italiano, aqui denominada sociedade simples, como modelo geral aplicável subsidiariamente às sociedades mer-cantis, deixando de lado algumas especificidades das atividades mercantis,

79. Vachon 1997, 146.

80. Dalphond 1994, 44.

81. Ver, por exemplo, *Belinco Développements Inc. v. Bazinet* [1996]. RJQ 1390 (C.S.) (imóvel de locação com 15 unidades); *Picard v. Trans Union Canada*, J. E. 96-168 (C.S.) (conselheiro financeiro e paralegal).

82. Ver, por exemplo, Dalphond 1994, 39-43; Antaki e Bouchard 1998, 173-190.

83. Ver, por exemplo, Vachon 1997, 130-137.

84. Ver, por exemplo, Dalphond 1994, 47-51 (analogia com o direito tributário).

rectius empresariais, notadamente a exigência de *quorum* mais elevado, para a tomada de decisões societárias. Como isso favorece o oportunismo na medida em que, por via indireta, confere poder de veto às minorias.

1742 A teoria neoclássica tem lacunas que tentam satisfazer as contemporâ-neas teorias econômicas da empresa. Tais teorias trazem visão mais rica e complexa da empresa. Nada obstante variadas, tendem a uma visão comum, a de que a "empresa é uma célula autônoma na qual a coordenação das ativida-des econômicas é exercida por meio de relações hierárquicas".[85] Distingue-se, dessa forma, do mercado, que "é, também, um local de coordenação porém não fundado sobre a hierarquia mas sobre a troca e o contrato".[86]

1743 De acordo com as teorias contemporâneas, as fronteiras da empresa po-dem ser traçadas tomando como base os elementos hierárquicos utilizados para coordenar a atividade de produção. Fornecedores de recursos, portanto, integram a empresa na medida em que sua contribuição esteja sujeita a um poder hierárquico.

1743a. Nota da tradutora Pensando em grupos societários tipificados na lei do anonimato, os de subordinação se assemelhariam a empresas plurisso-cietárias. Da mesma forma, embora menos aparente, consórcios e até grupos de subordinação, em certas circunstâncias, desta perspectiva, configurariam empresas.

1744 Sob este enfoque, o termo "organizada" poderia ser interpretado como exigência de mecanismos hierárquicos que permitiriam concluir que a ativi-dade é exercida à margem do mercado.[87] De acordo com essa interpretação, a existência de um poder de controle sobre os recursos, evidência do encadea-mento hierárquico, seria característica fundamental da empresa. O poder de controle poderia emanar de fatores como a propriedade de ativos, tangíveis ou intangíveis, ou dos termos dos contratos celebrados com fornecedores.

1745 Essa interpretação atende à intuição da doutrina que reconhece a perti-nência da análise dos aspectos materiais e intelectuais da atividade. Distin-gue-se, contudo, sob dois aspectos.

1746 Primeiro, sob o aspecto metodológico ao identificar o objeto desse exa-me, a saber, a busca pelos elementos da hierarquia. Dessa forma, a qualifica-ção de uma atividade como empresa deve ser analisada pelos encadeamentos jurídicos das relações celebradas para fins de produção de bens, administra-ção ou alienação, fornecimento de serviços. Essa análise teria como objetivo

85. Joffre 1987, 83. Ver, também, Milgrom/Roberts 1997, 34-39.

86. Joffre, 1987, 83.

87. Nesse sentido ver Milgrom e Roberts 1997, 39, sobre a noção de organização: "Se os mercados operam tão bem, por que, mais do que recorrer ao sistema de preços, a atividade econômica é, geralmente, *organizada* mediante estruturas hierárquicas formais que recorrem, explicitamente, à planificação e a diretivas" [destaque nosso].

determinar se a pessoa que lidera a atividade recorre a mecanismos hierár-quicos para organizá-la. Em segundo lugar, a interpretação se distingue da doutrina sob o aspecto normativo ao fazer da hierarquia condição essencial da qualificação de uma atividade de produção como empresa. Inexistindo me-canismos hierárquicos para enquadrar uma atividade de produção, a consequ-ência seria impedir que se a considerasse uma empresa.

Seção 2

A escolha entre as diversas formas jurídicas de empresa

1747 A atividade econômica se organiza utilizando diversos institutos jurídi-cos: empresa individual, sociedade de pessoas, sociedade por ações, coopera-tivas... Como explicar a coexistência dessas diferentes formas de empresa? O processo concorrencial não deveria se fundar sobre a sobrevivência de apenas uma forma jurídica: a que ofereça a moldura mais eficaz para organizar a pro-dução de bens e serviços?[88]

1748 Parece que a maior parte dos bens e serviços podem ser produzidos sob qualquer forma de empresa. O princípio fundamental que direciona a escolha da forma jurídica é o da minimização dos custos de produção. A forma de empresa escolhida deve permitir que a produção seja feita para oferecer os produtos aos consumidores pelo menor preço, permitindo que o produtor assuma os custos de produção.[89]

1749 Os custos de agência são uma forma de custos de transação. Lembre-se que uma relação de agência designa uma situação na qual uma (ou várias) pessoa(s) (o delegante) recorre aos serviços de outra, (delegada) para, em seu nome, executar uma tarefa qualquer que implica delegação de poder de-cisório.[90] A existência de uma relação de agência gera custos, denominados *custos de agência,* decorrentes de divergência de interesses entre delegante e delegado. Podem-se distinguir três tipos de custos de agência:

- *custos de fiscalização e de incentivo*: esses custos são suportados pelos acio-nistas para limitar comportamentos oportunistas de administradores;
- *custos obrigacionais:* são suportados pelo delegado para criar confiança do delegante e se distinguir de delegados oportunistas.

88. Alchian 1950.

89. Fama e Jensen, 1983a.

90. Tradução da definição de Jensen e Meckling 1976, 309; ver Parte 1, Capítulo 2.

– *perdas residuais:* estas perdas são suportadas pelo delegante e resultam de impossibilidade de controlar perfeitamente o oportunismo do delegado.

1750 Dessa perspectiva, a eficiência das diferentes formas jurídicas de empresa para controlar os custos de agência constitui fator determinante na escolha do empresário.[91] Conforme veremos, a eficiência no controle dos custos de agên-cia varia em função da natureza da atividade de produção. Portanto, nenhuma forma jurídica de empresa domina as demais.

1. MECANISMOS CONTRATUAIS DE CONTROLE DE CUSTOS DE AGÊNCIA E A COMPLEXIDADE DAS ORGANIZAÇÕES

1751 Pela concepção contratual das organizações,[92] a empresa é uma ficção legal que permite o estabelecimento de relações contratuais entre pessoas. Reconhecendo que nas empresas são celebrados numerosos e diferentes con-tratos, dois tipos fundamentais aparecem em todas as empresas: (a) contratos dispondo sobre a natureza dos direitos aos benefícios residuais detidos pelos fornecedores de capitais próprios; (b) contratos que repartem as etapas do processo decisório. O conteúdo desses contratos define a natureza jurídica da empresa e influi sobre os custos de agência associados às diferentes formas da empresa.

a. Características dos direitos aos benefícios residuais

1752 Na maioria das empresas, os contratos celebrados com fornecedores de capitais, em sentido largo, limitam os riscos por estes suportados. Assim o contrato de empréstimo fixa, antecipadamente, as modalidades de reembolso da dívida, em geral de modo independente dos resultados financeiros da em-presa devedora. O contrato de empréstimo (mútuo) prevê taxas de remune-ração do credor como função do risco incorrido. Da mesma forma, ainda que mais complexa, o contrato de trabalho estipula o salário do empregado e as condições de resilição.

1753 Em compensação, a remuneração dos fornecedores de capitais próprios da empresa é variável. Depende do saldo resultante da diferença entre os flu-xos incertos de receitas e os fluxos quase certos que devem ser pagos aos ou-tros fornecedores de capitais. Dito de outra forma, os fornecedores de capitais próprios não são remunerados antes de terem sido satisfeitas as obrigações assumidas perante os outros fornecedores de recursos.

91. Fama e Jensen 1983a; Fama e Jensen, 1983a.

92. Coase 1937; Jensen e Meckling, 1976; Alchian e Demsetz, 1972.

1754 O contrato entre fornecedores de capitais próprios e a empresa tem, in-variavelmente, como objeto definir o caráter residual de sua remuneração. Como veremos adiante, as características dos direitos aos benefícios residuais, por exemplo sua negociabilidade, seus termos e repartição, variam conforme a natureza da empresa e influem sobre os custos de agência.

b. Processo decisório

1755 A organização do processo decisório tem influência importante nos cus-tos de agência de acordo com as diferentes formas da empresa. Podem-se distinguir quatro etapas no processo de decisão empresarial:[93]

1. iniciativa: apresentação de propostas concernentes à utilização dos recursos;
2. ratificação: a escolha das propostas apresentadas;
3. implementação: a execução das propostas ratificadas;
4. fiscalização e incentivos: avaliação dos resultados dos agentes e as deci-sões de recompensa e punição.

1756 As funções de iniciativa e implementação, que geralmente são assumidas pelas mesmas pessoas ou grupo de agentes, podem ser qualificadas *função de decisão.* As funções de ratificação e fiscalização, de sua parte, podem ser rea-grupadas para constituir a *função de controle.*

c. A complexidade da empresa

1757 Cada uma das formas de empresa estabelece arranjos contratuais dife-rentes. A eficiência desses arranjos contratuais para a redução dos custos de agência varia em função da complexidade da empresa. Essa eficiência variável permite explicar a coexistência de diferentes formas de empresas.

1758 A noção de complexidade se refere à distribuição da informação espe-cífica dentro da empresa, isto é, da informação necessária para a tomada de decisão.[94] Numa organização não complexa, a informação é centralizada pelos agentes que tomam decisões; numa organização complexa, a informação é descentralizada. Para otimizar o funcionamento das empresas, as duas situa ções requerem diferentes respostas em matéria de repartição dos poderes de-cisórios e dos credores residuais a fim de minimizar os custos de agência.

1759 Em organizações não complexas, é preferível concentrar as funções de-cisórias e de controle em agentes que têm informação, dados os importantes custos relacionados à transmissão ou transferência da informação específica. Tal concentração das funções de decisão e controle cria, entretanto, alto risco de oportunismo para os beneficiários residuais que não têm como controlar

93. Fama e Jensen 1983a, 303.

94. Fama e Jensen, 1983a, 305.

os administradores. Uma solução para o problema é atribuir esses direitos aos beneficiários residuais e de controle. Ao restringir os direitos são eliminados problemas de agência, assim como a necessidade de criar custoso sistema de controle para fiscalizar o comportamento dos agentes que decidem.

1760 A unificação das funções de decisão, controle e impacto sobre o risco residual apresenta inconvenientes. Especialmente priva a empresa das vanta-gens da especialização das funções e da diversificação do risco. Pode-se supor que a empresa não será administrada de forma ótima uma vez que os deten-tores do capital não dispõem, necessariamente, do conhecimento requerido para exercer a administração e o controle. Mais, em tal situação, as pessoas são levadas a concentrar boa parcela de seu capital humano e financeiro em uma só empresa. Essa concentração diminui a tolerância ao risco e leva as pessoas a selecionarem investimentos menos arriscados do que os que seriam escolhidos se os créditos residuais fossem atribuídos a um grupo diversifica-do de pessoas.

1761 Embora tais inconvenientes possam se afigurar sérios, a informação ne-cessária para a tomada de decisão é partilhada entre numerosos agentes. Uma vez que é oneroso comunicar a informação a inúmeras pessoas, é mais eficaz delegar a função decisória a quem possui a informação. Contudo, a delega-ção do poder decisório implica a criação de uma relação de agência que pode facilitar abusos. Por esse motivo, é necessário atribuir a função de controle a outras pessoas a fim de reduzir os riscos de oportunismo. Em organização complexa a função de controle deverá ser descentralizada, tendo presente a repartição da informação necessária para tanto.

1762 Em organização complexa, a informação necessária para a tomada de de-cisões é partilhada por numerosos agentes. Sendo custoso comunicar a in-formação entre as pessoas, é mais eficaz delegar a função decisória a pessoas que detêm a informação. Entretanto, a delegação de poder decisório implica a criação de relação de agência que pode ensejar abusos. Por esse motivo é necessário atribuir a função de controle a outros agentes a fim de reduzir o risco de oportunismo. Em organização complexa, a função de controle deverá, da mesma forma, ser descentralizada, sendo que a repartição da informação é necessária para tal fim.

1763 Se a função de controle pode ser exercida pelos beneficiários residuais da empresa, pode também ser atribuída a pessoas que não tenham essa posição. Tudo depende do número de beneficiários residuais. Em organização comple-xa, os credores residuais são, em geral, numerosos por conta das necessida-des de recursos financeiros para a exploração da empresa (atividade). Obter financiamentos por meio de grande número de beneficiários residuais reduz, igualmente, a importância da contribuição de cada um deles e, em consequên cia, o risco assumido. Em sentido oposto, nessas circunstâncias, pode ser ine-ficaz atribuir a função de controle a cada um dos beneficiários residuais. Em razão do baixo valor de seus créditos individuais, o benefício que auferem do

exercício do controle, pode ser inferior ao custo incorrido pela fiscalização dos administradores da empresa. Por isso os beneficiários residuais tenderiam a confiar a função de controle a pessoas especializadas.

d. Síntese dos critérios

1764 A repartição das funções e de tomada do risco na empresa varia confor-me a complexidade da última. Visa a minimizar os custos de agência levan-do em conta as características particulares da empresa. A arbitragem entre as vantagens e os inconvenientes leva à formulação de duas proposições fundamentais:

– A separação da gestão de risco e de tomada de decisões leva a procedi-mentos decisórios nos quais são separadas as funções de administração e controle.

– A unificação das funções de administração e controle nas mãos de núme-ro restrito de agentes leva a uma concentração de direitos aos benefícios residuais dessas pessoas.

2. A EFICIÊNCIA DAS DIFERENTES FORMAS DE EMPRESA

1765 A utilização da grade analítica desenvolvida adiante permite estabelecer uma tipologia de formas jurídicas da empresa e explicar sua coexistência.

a. A empresa individual

1766 A empresa individual é organizada por uma só pessoa, o empresário, que acumula as funções de decisão, controle e assunção de riscos. A unificação das funções de decisão e controle pelo empresário permite obter ganhos de eficiência se a empresa for caracterizada por baixo nível de complexidade or-ganizacional. Essa unificação é facilitada se o nível de competência exigido para explorar a empresa for pequeno.

1767 A atribuição de direitos aos benefícios residuais ao empresário permi-te minimizar os custos de agência. Isso é possível nos setores da atividade econômica que não requeiram investimento relevante. Dessa perspectiva, a empresa individual é o modo de organização privilegiado para a produção em baixa escala e para as atividades de prestação de serviços. A forma convém às empresas em fase inicial que não demandem investimentos significativos. Eventualmente, o crescimento da empresa impõe recorrer a outras formas jurídicas que permitam captar recursos financeiros e humanos para o desen-volvimento das atividades. Aqui a sociedade em nome coletivo e a sociedade por ações abrem espaço.

1767a. Nota da tradutora Recente alteração do Código Civil brasileiro in-troduz no ordenamento pátrio a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (art. 980-A). Não se trata da criação de uma sociedade unipes-soal mas, ao contrário, de modelar mecanismo para estimular a formaliza-ção de atividades empresárias de pequeno porte. A dificuldade doutrinária é que esse modelo afasta a noção de que cada pessoa (sujeito de direito) tem um patrimônio e que todo patrimônio tem um titular. A EIRELI admite que a mesma pessoa seja titular de dois patrimônios, um pessoal e outro empresarial.

b. As sociedades de pessoas e as sociedades fechadas

1768 As sociedades de pessoas, como a em nome coletivo, e as sociedades co-merciais não buscam recursos por meio de oferta pública à poupança, o que permite a organização de empresas que admitem muitos beneficiários resi-duais aptos a cooperar na gestão dos negócios. As características dos direitos aos benefícios residuais dessas formas de empresa refletem os imperativos gerados pela pluralidade de beneficiários residuais. São estabelecidas regras de partilha dos benefícios residuais entre os diversos credores. Por exemplo, o contrato de sociedade prevê a participação dos sócios nos ganhos e perdas da empresa. O capital da sociedade por ações, de outro lado, fixa os direitos dos acionistas aos benefícios residuais da empresa.

1769 De outra forma, nas sociedades de pessoas e nas anônimas fechadas, a titularidade dos direitos aos benefícios residuais é restrita aos agentes com poder de decisão da empresa mais importantes. Tal como em relação à empre-sa individual, a unificação de funções de decisão (administração e controle) e da assunção do risco residual permite limitar os custos de agência. Num contexto de pluralidade de credores residuais, a unificação funcional requer que os termos dos créditos residuais sejam submetidos a regras de controle da transferência. O controle é necessário para evitar que as pessoas que não tenham as qualidades necessárias para assumir a função administrativa não se tornem beneficiários residuais.

1770 A unificação das funções de decisão, como contrapartida ao risco resi-dual, apresenta algumas desvantagens. Os beneficiários dessas duas formas de empresa devem ser escolhidos em função de sua riqueza e conhecimento (*expertise*). Uma vez que ambas as características não se encontram, sempre, na mesma pessoa, por vezes será necessário privilegiar uma delas, espécie de compromisso, o que pode reduzir a eficiência da empresa. Em segundo lugar, os beneficiários residuais terão menos espaço para diversificar sua carteira de ativos. Em verdade, devem investir uma parcela relevante de seus recur-sos financeiros e humanos na empresa. A diversificação subótima da carteira de investimentos dos credores residuais daí resultante produz consequências negativas para a empresa. De um lado, estimula os beneficiários residuais a

privilegiarem estratégias de investimento de pouco risco que produzem me-nos vantagens para a empresa. De outro, aumenta o custo da função de supor-tar o risco residual, estimulando aqueles beneficiários a exigirem rendimento mais elevado a fim de compensar a carteira de investimentos pouco diversi-ficada. Enfim, a unificação das funções de administração e assunção de risco residual limita a capacidade de financiamento da empresa, seja sob a forma de capital próprio seja de endividamento.

1771 Dadas as suas características, as sociedades de pessoas e as sociedades anônimas fechadas são usadas, com maior frequência, na exploração de em-presas que não permitem a obtenção de economias de escala que requereiam enorme especialização das funções.

1171a. Nota da tradutora Convém apontar, na doutrina brasileira, texto de Sylvio Marcondes Machado, da época em que se discutia se as sociedades por cotas de responsabilidade limitada deveriam ser classificadas entre as socie-dades de pessoas ou de capitais. Nesse texto o professor se volta para a con-tribuição do ou dos sócios, concluindo que sociedades de pessoas são aquelas em que a contribuição pessoal, por vezes personalíssima, prevalece sobre a patrimonial para fins de exercício da atividade. Resulta dessa doutrina que há anônimas de pessoas e limitadas de capitais. Observa-se que na oportunida-de não se discutiam a separação entre propriedade e controle, como fizeram Berle e Means, nem custos de agência, ou direitos a benefícios residuais.

c. Sociedades abertas

1772 Uma sociedade que faz oferta pública de suas ações, visando obter re-cursos da poupança popular, caracteriza-se pela separação entre as funções decisórias e a assunção do risco residual. Essa característica da sociedade aberta facilita o financiamento de projetos de investimento importantes e faz dela veículo jurídico privilegiado para a exploração de empresas de grande porte.

1773 Os direitos aos benefícios residuais dos acionistas de companhia aberta têm três características fundamentais. Primeiro os acionistas não têm a obri-gação de participar no funcionamento da sociedade. Podem ter apenas o papel de investidor e dar aos administradores a responsabilidade pela gestão dos negócios da sociedade. Em segundo lugar, os direitos são negociáveis uma vez que as ações que os representam podem ser transferidas rapidamente e a baixo custo pelos titulares que desejarem se desfazer de seu investimento. Por fim, os direitos aos benefícios residuais conferem o direito de participar dos lucros da sociedade enquanto esta existir.

1774 Ao permitirem essa separação funcional, os direitos aos benefícios resi-duais das sociedades abertas facilitam a assunção de riscos pelos acionistas. Como não estão obrigados a participar da administração dos negócios sociais em que tenham investido, os acionistas podem diversificar seus investimentos

aplicando-os em grande número de sociedades. A diversificação permite re-duzir o risco assumido pelos acionistas e, como consequência, a remunera-ção, sob a forma de rendimentos (dividendos ou ganhos de capital), exigida para assumir esse risco. A diversificação dos investimentos é facilitada pela negociação dos direitos aos benefícios residuais, o que permite ao acionista ajustar, a qualquer momento, o risco de sua carteira. De outra forma, essa primeira característica dos direitos aos benefícios residuais das companhias abertas contribui para reduzir seu custo de capital.

1775 Além disso, a separação de funções entre a assunção do risco residual e a administração dos negócios da sociedade aumenta a competitividade das companhias abertas. Há que reconhecer que os conhecimentos e aptidões de gestão não são tributários da riqueza individual das pessoas nem de sua ca-pacidade de assumir riscos. A especialização das funções aumenta a eficiência da sociedade aberta ao permitir que ela possa eleger administradores especia-lizados e competentes.

1776 Finalmente, o caráter temporal não limitado de titulação de ações, asso-ciado à sua negociabilidade, favorece a repartição eficiente dos capitais pelas companhias abertas. Os investidores avaliam a rentabilidade dos projetos de investimento comparando com os desembolsos atuais e futuros de inves-timento e as receitas futuras esperadas. Na medida em que seu horizonte temporal de investimento não seja limitado, os investidores podem consi-derar as receitas futuras dos investimentos sem restrições, fato que permite melhor avaliação do valor líquido do investimento. Em oposição, se o ho-rizonte para manter as ações é limitado, o investidor não atribui qualquer valor aos fluxos monetários gerados para além do período de titularidade. Nesse caso, as receitas futuras e o valor líquido do investimento serão su-bavaliados pelos investidores, o que pode levar a investimentos subótimos pelas empresas.

1777 Em suma, deveríamos recorrer às companhias abertas para organizar ati-vidades complexas em que os ganhos de especialização das funções são rele-vantes. Dessa forma, é preciso notar que a separação de funções de avaliar o risco residual e de administração dos negócios de companhias abertas gera um problema de agência que pode reduzir os ganhos da especialização das funções. Segundo o modelo de Fama e Jensen, esse problema pode ser contro-lado mediante a separação de funções de decisão e fiscalização na companhia aberta. Dessa perspectiva, a teoria desses autores parece confirmada na práti-ca, na medida em que se observa que nas companhias abertas a administração ordinária é, habitualmente, confiada aos administradores da empresa (direto-ria), enquanto a supervisão dessa administração é competência do conselho de administração. Cabe notar que a separação entre as funções de direção e controle apenas é insuficiente para o controle completo e total dos problemas

de agência. Outros mecanismos de mercado e jurídicos são necessários para controlar o problema de agência.[95]

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

1778 Na teoria econômica neoclássica a empresa era vista de forma simples, senão simplista. A partir dos questionamentos de Coase, foram apresentadas inúmeras teorias visando a explicar a razão de ser da empresa e a compreen-der suas características. Desse leque, escolhemos apresentar as teorias mais expressivas neste capítulo.

1779 O leitor crítico notará que não, ainda, uma teoria completa e coerente da empresa. Em verdade, como apontam Coriat e Weinstein,[96] dois limites freiam a emergência de tal teoria. O primeiro decorre do fato de cada teoria estar centrada em um ou dois elementos determinantes, deixando pouco es-paço para outros fatores pertinentes. A segunda, como corolário, resulta do caráter mutuamente exclusivo das teorias propostas.

1780 Os limites das teorias econômicas não devem impedir o jurista de se em-penhar no enriquecer a compreensão da noção de empresa sob a perspectiva jurídica. Ao separar as teorias, o jurista encontrará poderosas ferramentas analíticas a partir das quais poderá elaborar uma teoria jurídica alimentada pelos ensinamentos da teoria econômica. A análise da definição de empresa do artigo 1.525 do C.c.Q. constitui ilustração do potencial dessa abordagem. Igualmente, as teorias econômicas nos estimulam a abrir a caixa-preta das di-ferentes formas jurídicas da empresa a fim de compreender as linhas de força e as nuances. Vistas por esse ângulo, as regras que regem a constituição e o funcionamento das formas jurídicas de empresa tomam outro sentido. Enfim, como veremos no capítulo sobre os direitos das sociedades, as teorias econô-micas fornecem chaves para compreender as escolhas feitas pelo legislador, bem como para avaliar os desafios em matéria de governança com os quais somos confrontados como juristas.

INDO ADIANTE

1781 A literatura sobre a teoria econômica da empresa é vasta. Para ter visão de conjunto das teorias de uma perspectiva crítica, a obra de Coriat e Weins-tein tem o mérito de ser exaustiva embora seja concisa.[97] Mais, os autores oferecem pistas para reflexão direcionada a uma teoria completa e coerente da empresa. Mais, o livro de Roberts, acessível, apresenta as principais te-

95. Ver Parte II, Capítulo 2.

96. Coriat e Weinstein 1995.

97. Coriat e Weinstein 1995.

orias da empresa para construir um quadro conceitual que permite analisar as relações entre as características organizacionais, as estratégias concor-renciais e o ambiente de negócios.[98] Para pensar a possibilidade de integrar as teorias econômicas em uma teoria jurídica da empresa, o artigo de Orts é esclarecedor.[99]

98. Roberts 2004.

99. Orts 1998.

capítulo **7**

Direito das sociedades

"Corporation law, as a field of intellectual ef-fort, is dead in the United States [...] We have nothing left but our great empty corporation statutes – towering skyscrapers of rusted girders, internally welded together and containing nothing but wind."

"Enquanto área de esforço intelectual, a legisla-ção das anônimas está morta no Estados Unidos da América [...] Nada restou salvo os estatutos va-zios das anônimas – arranha-céus de vigas oxida-das, unidas por soldas internas e contendo nada além de vento." ***Bayless Manning (1962)***

1782 O direito societário estava praticamente morto no início dos anos 1960, se o severo diagnóstico acima reproduzido for crível. O leitor, atualmente, não crê nisso. Meio século mais tarde esse campo é um dos mais dinâmicos do direito, atraindo as mentes mais brilhantes. O que ocorreu?

1783 No início dos anos 1960, o estudo do direito societário tinha chegado a um impasse nos Estados Unidos da América. O campo se tornara essen cialmente técnico e desprovido de ideias inovadoras; a doutrina estava sem fôlego. O professor Bayless Manning tinha redigido o epitáfio em seu célebre artigo.[1]

1784 A constatação de Manning era tão surpreendente quanto preocupante. Surpreendente porque a emergência e a difusão da sociedade por ações como veículo jurídico para explorar uma empresa se tornaria campo de estudo fas cinante. Preocupante porque a sociedade por ações, já desenvolvida, exercia papel central na economia e levantava questões importantes.

1. Manningt 1962.

1785 Cerca de 40 anos mais tarde, a afirmação de Manning parece incompreen sível, de tal forma a doutrina dedicada ao direito das sociedades está viva, é abundante e original. A espetacular renovação dos trabalhos doutrinários re pousa, como recentemente apontado por Roberta Romano, nas contribuições da teoria econômica.[2]

1786 A partir dos trabalhos de Henry Manne,[3] a doutrina norte-americana e depois a canadense,[4] integraram os avanços da teoria econômica e financeira para enriquecer a compreensão do direito das sociedades. As teorias da em presa, a teoria da carteira e a hipótese da eficiência dos mercados forneceram a base dessa nova doutrina.[5] Animada pelas teorias econômicas, a doutrina se debruçou sobre questões fundamentais do direito das sociedades, para em seguida examinar todas as facetas. A amplitude dos trabalhos é tal que é ilusório querer apresentá-los exaustivamente. Podemos apenas oferecer uma visão de conjunto das contribuições e acentuar aquelas que, por sua natureza fundamental, oferecem as chaves para compreender os estudos especiais.

1787 Essas contribuições, essencialmente, se voltam para o fenomenal sucesso das sociedades por ações como modo de organização da produção, em seguida às suas ancestrais medievais. Voltam-se para a notável capacidade de mobi lizar capitais para o financiamento da inovação. O que explica esse suces so? Como fazer com que os fornecedores de recursos financeiros, materiais e humanos confiem nos administradores para gerenciar a empresa de forma a maximizar seu valor? A recente voga de escândalos financeiros não demons tra que abusos serão, inevitavelmente, cometidos pelos administradores que exploram, para seu benefício, a margem de manobra de que dispõem? As sociedades por ações são bem-sucedidas apesar de prejudicarem fornecedores e consumidores, em outras palavras, constituem mecanismos que produzem externalidades negativas? Todas essas questões levam ao cerne do problema, o papel do direito das sociedades. E, como veremos, a teoria econômica per mite esclarecê-lo.

2. Romano 2006.

3. Manne 1965.

4. Nos Estados Unidos da América, ver Bainbridge 2002; Easterbrook e Fischel 1991; Romano 1995. No Canadá ver Buckley; Gillen e Yalden 1995; Crête e Rousseau 2002; Harris e outros 2004. No Reino Unido, Cheffins 1997.

5. Ver Parte II, Capítulo 8.

I – Fundamentosteóricosdodireitodesociedades

Seção 1

Osatributosfundamentaisdasociedadeporações

1. A personalidade jurídica

1788 De acordo com a teoria dominante, a empresa constitui uma rede de contratos.[6] Vista desse ângulo a empresa coordena as atividades dos forne cedores de recursos e dos consumidores e produtos e serviços. O estatuto da pessoa jurídica da sociedade por ações lhe permite cumprir essa função de coordenação ao colocá-la no centro desse rede de contratos.[7] Graças à perso nalidade jurídica, a sociedade é uma parte distinta de seus administradores e fornecedores de capitais que tem capacidade para celebrar contratos com as partes, sejam elas acionistas, credores ou empregados.[8] E os contratos são autônomos uns em relação aos outros.

1789 O patrimônio autônomo da sociedade por ações facilita a reunião de re cursos necessários para a produção ao criar um mecanismo de fechamento (separação) do ativo da pessoa jurídica:[9] o ativo da sociedade fica protegido dos credores dos acionistas e administradores. Isso permite que o ativo da sociedade sirva como garantia comum a credores sociais que lhe concedem crédito. A autonomia patrimonial opera de forma que as somas investidas pelos acionistas tenham como titular a sociedade. Se optarem por liquidar a sociedade, os acionistas apenas serão reembolsados depois de pagos todos os credores da sociedade. A personificação da sociedade é característica que contribui para a estabilidade e solvabilidade da sociedade por ações.

1789a. Nota da tradutora Aplica-se às sociedades por ações constituídas de acordo com as normas do direito brasileiro a explicação tanto a respeito da autonomia patrimonial quanto ao reembolso de acionistas no caso de liquida ção da sociedade. Nota-se, contudo, que no Brasil o registro ou arquivamento

6. Jensen e Meckling, 1976.
7. A respeito da rede de contratos ver, supra, Capítulo sobre a Empresa.
8. Hansmann e Kraakman 2004 a, p. 6-7.
9. Hansmann e Kraakman 2000.

de contrato de constituição de sociedades, simples, em nome coletivo, limi tada e em comandita, também dá origem à personificação (criação de sujeito de direito distinto dos membros). Mas esses tipos societários não se carac terizam pela autonomia patrimonial, eis que há regras de responsabilidade solidária de sócios para alguns deles. Destarte, é preciso combinar os efeitos da personificação da sociedade com as regras próprias de cada tipo e, no que diz respeito à sociedade simples, previsões contratuais.

1790 O legislador de Québec reconhece, expressamente, a personalidade jurí dica das sociedades por ações no Código Civil.[10] Na medida em que é sujeito de direito a sociedade anônima exerce plenamente os direitos civis, tem patri mônio, denominação, domicílio próprios. Na França a noção de pessoa jurídi ca, após ser de direito público, veio a integrar o campo do direito privado. A partir de alguns textos referentes à autonomia patrimonial das sociedades,[11] a jurisprudência reconheceu a necessidade de uma pessoa jurídica titular de um patrimônio distinto daquele dos seus membros. As leis de 24 de julho de 1966 e 4 de janeiro de 1978 recepcionaram essa solução dispondo que as sociedades têm personalidade jurídica a partir do registro.[12]

2. A RESPONSABILIDADE LIMITADA

1791 Na sociedade anônima a responsabilidade dos acionistas é limitada ao montante de seu investimento. Os acionistas não são devedores dos credo res que contratem com a sociedade; devedora é a sociedade. Dessa forma, os credores de uma sociedade insolvável não podem constranger os acionistas a reembolsarem as dívidas daquela.

1792 Em direito civil, a responsabilidade limitada era tradicionalmente justifi cada do ponto de vista estritamente jurídico pelo estatuto da pessoa jurídica da sociedade.[13] O reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade tem como consequência reconhecer o sujeito de direito. Como pessoa jurídica a sociedade goza dos direitos civis e é titular de um patrimônio distinto. Co rolário é que o patrimônio distinto da sociedade limita a responsabilidade de seus membros, como previsto no art. 309 C.c.Q.: "As pessoas jurídicas são

10. Art. 298, 2188 C.c.Q. Se a natureza da pessoa jurídica foi bastante debatida pela doutrina francesa por quase cem anos (hesitava-se entre a tese da realidade e a da ficção), a questão parece, atualmente, superada. A lei francesa se inclinou em favor da tese da teoria da ficção e impõe que a personificação da sociedade decorra de prescrição legal: a matrícula da sociedade no registro de comércio e das sociedades.

11. Notadamente o art. 529 CCfr.

12. Art. L.210-6 do Código Comercial.

13. Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co., [1987] 1 R. C. S. 2, 10-11; Smith Renaud 1974, 43-60; Mourisset e Turgeon, 1-010.

distintas de seus membros. Seus atos não obrigam senão a elas, salvo as ex ceções previstas em lei." Dessa perspectiva, a doutrina sustenta que a respon sabilidade limitada é consequência necessária do princípio da personalidade jurídica da companhia.

1793 Entretanto, o princípio da personalidade jurídica da sociedade não impli ca, necessariamente, que os acionistas tenham responsabilidade limitada. Se toda pessoa natural tem personalidade jurídica distinta, isso não significa que não possa ser, em certas circunstâncias, responsável por fato de outrem ou de bens.[14] O legislador poderia estipular regime de responsabilidade por fato de outrem que tornaria os acionistas responsáveis por obrigações sociais.

1794 Nesse caso, como explicar a existência do princípio da responsabilidade limitada dos acionistas? Por sua função econômica, essencialmente. A res ponsabilidade limitada dos acionistas reduz o custo de capital-ações facilitan do, demais disso, a diversificação dos riscos para os investidores, aumentando a liquidez dos investimentos e reduzindo os custos de fiscalização dos acio nistas.[15] Em verdade, o princípio exerce papel fundamental no financiamento das anônimas ao reduzir o custo de capital.[16] A contribuição da limitação da responsabilidade explica por que os empresários e financistas procuraram instituir esse princípio desde o período da Renascença visando a facilitar o financiamento do comércio e a exploração marítima.[17] O pleno reconhecimen to desse princípio no século XIX constituiu, também, fator determinante do desenvolvimento industrial das sociedades ocidentais ao permitir que as com panhias reunissem o capital necessário para o financiamento de seus projetos de investimento.[18]

a. A imunidade dos acionistas facilita a diversificação dos investimentos

1795 Para compreender a contribuição do princípio da responsabilidade li mitada para a diversificação dos investimentos, convém considerar que, ao recorrerem a terceiros investidores para financiar mediante capitalização da sociedade, as anônimas devem oferecer rendimento esperado das ações que seja proporcional ao nível de risco a elas associado.[19] Quanto maior for o risco

14. Arts. 1459, 1469 C.c.Q.; art. 1384 C. civil.; Simmonds 1990, 4.

15. Easterbrook e Fischel 1985; Halperns, Trebilcock e Turnbul 1980; Rousseau 1999; Rousseau e Smaili 2006.

16. Hicks 1997; Smart 1996.

17. Baskin e Mirandi 1994, c.1; Hillman 1997, 616-621.

18. Para resumo dos estudos examinando a contribuição da responsabilidade limitada para o finan ciamento das sociedades, ver Carney 2000, p. 5619-5620.

19. Sobre o vínculo entre risco e investimento, ver o Capítulo sobre valores mobiliários.

associado às ações de uma companhia, maior deve ser o potencial de geração de lucros, de rendimento (dividendos).[20] Uma vez que o rendimento exigido pelos investidores determina o custo de capital[21] dos projetos para a empresa, convém ter um mercado financeiro que permita que os investidores minimi zem os riscos assumidos. Caso contrário, o custo de capital será relativamente elevado e as empresas ver-se-ão compelidas a abandonar grande número de projetos de investimento.

1796 A responsabilidade limitada facilita a administração de riscos pelos in vestidores ao permitir que obtenham vantagens derivadas da diversificação de investimentos.[22] Com efeito, ao limitar a responsabilidade dos acionistas, o legislador torna a diversificação dos investimentos possível, o que reduz os riscos assumidos em projetos arriscados mas com perspectivas de rendimento positivo.[23] Como exemplo tome-se um investidor que tenha uma carteira de ações composta por 50 títulos. Essa carteira não permite eliminar a parcela de riscos dos títulos ligada a flutuações do mercado que impactem o mercado de valores mobiliários em geral, como, por hipótese, uma queda da bolsa. Entretanto, permite reduzir consideravelmente o impacto derivado do risco associado a qualquer um dos títulos sobre o valor da carteira, desde que o risco associado aos demais títulos não se concretize no mesmo momento.

1797 Diversamente, em regime de responsabilidade ilimitada, bastaria que um investidor detivesse um título de uma companhia que entrasse em regime fa limentar para que se tornasse responsável pelo total das suas dívidas perante os credores sociais, independentemente do montante de seu investimento. Em tal regime, os eventos adversos que afetassem a sociedade repercutiriam sobre o valor total da carteira e sobre os demais ativos do investidor. Dessa forma, quanto mais ações de sociedades de responsabilidade ilimitada fossem tituladas por um investidor, maior seria o risco assumido – negativo – sobre o risco da carteira. Na realidade, a responsabilidade ilimitada impediria os acio nistas de utilizarem o princípio da diversificação para administrar os riscos específicos das ações.

1798 Em regime de responsabilidade ilimitada, os investidores prudentes evi tariam pequenos investimentos, dado o elevado risco a que se exporiam. Pre feririam investimentos substanciais em pequeno número de companhias. Os

20. Investidores preferem rendimentos mais altos e associados a baixa volatilidade (flutuação de preços). A fim de convencer os investidores a assumirem riscos elevados as empresas devem ofe recer rendimento potencial mais alto. Mercier e Théoret 1993, p. 411-412, 420.

21. O “custo de capital” refere-se ao custo de financiamento de uma empresa ou de um investi mento. Klein e Coffee 1996, p. 317-321.

22. De acordo com a teoria financeira, a diversificação dos investimentos constitui o método mais importante, principal, para administrar riscos. Ver Brealey 1992, p. 149-151. *É o que se conhece, entre nós, como não pôr todos os ovos na mesma cesta*.

23. Ver Parte I, Capítulo 4 e Parte II, Capítulo 8.

rendimentos potenciais associados a tais investimentos justificariam os ris cos assumidos com perdas. Demais disso, o fato de serem investimentos im portantes permitiria que os acionistas supervisionassem a administração da companhia para diminuir as probabilidades de perdas. Nada obstante, dado o risco assumido, exigiriam rendimento elevado para fazer os investimentos, o que aumentaria o custo de capital para as companhias.

b. A imunidade dos acionistas aumenta a liquidez dos investimentos

1799 Como demonstrado pelos professores Halpern, Trebilcock e Turnbull, o regime de responsabilidade limitada dos acionistas também afeta o custo de capital próprio das companhias, facilitando o desenvolvimento de um merca do acionário organizado.[24] No regime de responsabilidade limitada, o preço das ações de uma companhia é estabelecido em função do rendimento atual esperado em relação aos riscos do investimento. Inexistindo limitação da res ponsabilidade dos acionistas, o valor dos títulos de uma companhia não seria determinado apenas pelo risco e rendimento. O valor das ações variaria, tam bém, em função da riqueza dos acionistas que as detivessem, o que criaria importantes custos de transferência das ações e diminuiria sua liquidez.

1800 Para entender esse efeito, tome-se, a título de exemplo, uma companhia na qual os acionistas têm o mesmo nível de riqueza.[25] Nesse caso, faltando a responsabilidade limitada, os acionistas assumem todos o mesmo risco resi dual pois sua perda máxima é idêntica; vão exigir um prêmio igual da compa nhia para assumir o risco da perda que é idêntica.

1801 Suponha-se, agora, que um novo investidor se interesse em adquirir uma ação e que tal investidor tenha nível de riqueza pessoal que exceda a perda potencial máxima em caso de insolvabilidade da companhia e do nível de ri queza dos atuais acionistas. Se tal acionista adquirir uma ação, a probabilida de de que os demais acionistas sejam acionados pelos credores da companhia decresce bastante. O novo acionista rico seria uma espécie de segurador dos demais, ao protegê-los de eventuais perdas resultantes de insolvabilidade da companhia. Nesse contexto, os acionistas que tivessem nível de riqueza mais baixo (fraco) em relação às perdas potenciais associadas a seu investimento, atribuir valor mais alto a suas ações se um investidor rico adquiri uma ação da companhia uma vez que seu risco diminui. Esse mecanismo de avaliação das ações espelharia a redução do risco atribuída ao seguro criado pelo acionista rico. Este, porém, deveria ser remunerado pelo investimento. A remuneração apareceria sob forma de rendimento que refletisse os riscos de flutuação dos lucros da sociedade, ao que se somaria o prêmio do seguro para os demais acionistas. O prêmio desse seguro seria pago por todos os outros acionistas

24. Halpern, Trebilcock e Turnbull 1980.

25. Este exemplo é extraído de Halpern, Trebilcock e Turnbull 1980, p. 130.

ao acionista rico a fim de que ele assumisse o risco de insolvabilidade e de não pagamento da companhia. Na eventualidade de o investidor rico adquirir apenas uma ação, seu preço seria negativo, pois ele receberia dos acionistas o prêmio do seguro para se tornar acionista da companhia e oferecer-lhes uma garantia. À medida que o número de ações adquiridas pelo investidor rico au mentasse, o montante do pagamento feito a título de prêmio diminuiria para demonstrar a maior participação desse investidor nos lucros da companhia e a diminuição do seguro prestado. Em suma, as ações de uma companhia de responsabilidade ilimitada não teriam preço único. O preço, positivo ou nega tivo, variaria em função da riqueza dos acionistas.

1802 A variabilidade do valor das ações das companhias de acordo com o nível de riqueza dos acionistas teria consequências importantes sobre os custos de transação das ações.[26] Essa variabilidade imporia custos de informação para as partes desejosas de negociar os títulos da companhia de responsabilidade ilimitada; esses custos de informação seriam necessários para que as partes pudessem estabelecer seu respectivo nível de riqueza e dessa forma determi nar o preço das ações. Os investidores deveriam assumir os custos de buscar outra parte que tivesse o mesmo perfil financeiro para que o preço das ações seja aceitável por ambas as partes.

1803 Os custos de transação resultantes de um regime de responsabilidade ilimitada reduziriam o número de operações no mercado de valores mobiliá rios para ações de companhias a ele sujeitas. O baixo número de operações impediria o desenvolvimento de um mercado líquido para tais ações.[27] Conse quência seria o aumento do custo de capital-ações uma vez que investidores exigiriam um prêmio para adquirirem esses títulos menos líquidos.[28]

c. A imunidade dos acionistas diminui seus custos de fiscalização

1804 O desenvolvimento das atividades de uma sociedade depende, com fre quência, de especialização de funções. Particularmente a expansão e a com plexidade são seguidas de separação entre as funções de administração da empresa e a titularidade das ações, ambas, na origem, exercidas pelos acio nistas.[29] Nas empresas médias ou grandes, é comum que os acionistas se res trinjam ao papel de investidores e indiquem outras pessoas para exercerem as funções administrativas.

26. Woodward 1985.

27. Halpern, Trebilcock e Turnbull, 1980, p. 136-138.

28. Os investidores prefeririam ter posições de fácil negociação e aceitariam valorizar a negociabi lidade e liquidez dos títulos. Ver Amihud e Mendelson, 1988.

29. Berle e Means 1956; Clark 1981.

1805 Veremos adiante que essa especialização de funções gera problemas como os conflitos de interesses entre administradores e acionistas; os administra dores podem ser tentados a promover seus próprios interesses em detrimento daqueles da sociedade. O oportunismo de administradores pode tomar di versas formas, entre as quais remuneração excessiva ou investimentos em projetos que lhes tragam benefícios específicos. Para limitar esse tipo de com portamento e proteger seus investimentos, os acionistas devem incorrer em custos para criar mecanismos de fiscalização dos administradores.

1806 Não há dúvidas de que os conflitos de interesses entre administradores e acionistas não são apanágio de um regime de responsabilidade ilimitada. Contudo, o princípio da limitação da responsabilidade leva à redução dos cus tos de fiscalização dos administradores, que são assumidos pelos acionistas.[30] Como reduzir esses custos? Mais uma vez, facilitando a formação de carteiras diversificadas de investimentos.

1807 A diversificação das carteiras de investimento permite que os acionistas escolham nível de fiscalização dos administradores correspondente à impor tância do risco de sua aplicação em uma dada sociedade. Por exemplo, o acio nista cujo investimento em dada sociedade não representa mais do que 5% do valor total de sua carteira não se empenhará na fiscalização dos administra dores dessa sociedade. É que a perda que pode decorrer do oportunismo dos administradores será limitada. Essa perda pode ser compensada por ganhos com os outros títulos que compõem a carteira. De outro lado, o investidor poderá aplicar mais recursos na fiscalização de sociedades com peso relati vamente mais importante na sua carteira de investimentos. Entretanto, sob regime de responsabilidade ilimitada, os acionistas deverão investir recursos consideráveis na fiscalização dos administradores de todas as sociedades de que participem, pouco importando o volume ou porte do investimento, uma vez que seriam passíveis de assumir todas as perdas causadas pelo oportu nismo dos administradores. Os custos de fiscalização de tal regime teriam consequências sobre o custo de capital, visto que os acionistas exigiriam ser indenizados pela assunção desses custos, o que reduziria o valor das ações aumentando o custo de capital para as companhias.

3. A GESTÃO DOS NEGÓCIOS POR UM CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

1808 A legislação atribui ao conselho de administração poder para decidir a afe tação dos recursos da sociedade. Esse poder é reconhecido pelas disposições que lhe atribuem a responsabilidade de administrar as atividades comerciais e

30. Easterbrook e Fischel 1991, p. 94-95.

os assuntos internos da sociedade.[31] Decorre, ainda, de múltiplas atribuições que a lei outorga, especificamente, ao conselho de administração, assim, por exemplo, formular regras e a de aprovar dividendo.[32]

1809 Sem dúvida o conselho de administração não é o único órgão que pode tomar decisões nas anônimas. O poder decisório referente aos negócios cor rentes, ordinários, é, de regra, delegado aos diretores. O conselho deve, entre tanto, conservar direito concernente àquelas decisões.[33] Ou seja, deve poder revogar a delegação de tais poderes a fim de retomar seu exercício se assim o exigir o interesse da sociedade. De seu lado, em virtude do princípio da separação de poderes, a assembleia de acionistas não tem poder direto de administração.[34] A assembleia de acionistas não tem poder para determinar a realização de operações nem o direito de se imiscuir de outra forma na administração dos negócios. Os acionistas devem ser consultados quando se tratar de operações importantes;[35] entretanto, suas intervenções se limitam à aprovação ou rejeição de operações.

1810 A atribuição de poder decisório ao conselho de administração está em consonância com as teorias econômicas contemporâneas da empresa.[36] Em bora variadas, essas teorias tendem a partilhar uma concepção comum, a de que a empresa “é uma célula autônoma em que a coordenação das atividades se exerce por meio de relações ordenadas e hierárquicas”.[37] Distingue-se do mercado que é, também, um local de coordenação, porém “um local de coor denação não fundado na hierarquia, mas na troca e no contrato”.[38] A empresa é, pois, modo de organização de recursos que pode superar o mercado ao re

31. Lei das Anônimas L.R.Q., c.C-38, art. 123-72 [aqui segundo L.C.Q.]; Lei canadense das socie dades por ações, L.R.C., c.C-44, art. 102 (segundo L.C.S.A.]. Na França, a sociedade anônima é “administrada” tanto por um conselho de administração (artigo L.225-17 do Código de Comércio) quanto por uma diretoria (artigo L.225-58 do Código de Comércio). Sobre os poderes do conselho de administração ver artigo 225-35 do Código de Comércio.

32. Art. 79,91 (2) L.C.Q.; art. 42,43, 103 L.C.S.A.

132. Crête e Rousseau 2002, p. 429.

133. Bubaum 1985; Welling 1991, p. 468-480. A aprovação pela unanimidade dos acionistas lhes permite, teoricamente, de envolverem-se diretamente na administração dos negócios da socieda de. Ver art. 123-91 L.C.Q.; art. 146 L.C.S.A. A utilização da deliberação unânime dos acionistas é, contudo, pouco provável em uma companhia aberta.

35. Ver, por exemplo, art. 123-101 e segs. L.C.Q.; art. 173 e segs. L.C.S.A. A lei francesa das socie dades por ações, igualmente, confere à assembleia geral extraordinária competência exclusiva para modificar o estatuto social em qualquer de suas disposições, reputando-se não escrita qualquer cláusula contrária (artigo L.225-96, alínea 1ª, do Código de Comércio).

36. Bainbridge 2002, p. 191-213; Dooley 1992. Para apresentação das teorias econômicas da em presa, ver capítulo sobre empresa.

37. Joffre 1987, p. 83.

38. Joffre 1987, p. 83.

duzir os custos de transação. A redução de custos de transação se dá mediante conferimento do controle sobre a realização da transação ao empresário.[39] O empresário contrata empregados que comparecem cotidianamente à empresa para preencher as diferentes funções de produção. Dessa forma o empresá rio não precisa, continuamente, negociar e redigir contratos para a execução dessas funções. Para a produção de bens ou de serviços complexos, a empresa tem inegáveis vantagens ao reduzir os custos de transação.

1811 Ao criar o conselho de administração e ao investi-lo de competência para decidir na sociedade, a legislação lança as bases de um sistema de governança que reduz custos de transação.[40] A autoridade decisória do conselho de admi nistração permite-lhe exercer o papel do empresário. Mais, confere ao conse lho poder para elaborar e aplicar, normas internas não positivadas para reger as relações internas da sociedade.[41] A utilização dessas normas é importante na organização das relações entre os membros da sociedade, tendo em conta os limites do processo contratual que justificam a transferência da transação do mercado para a sociedade.[42] Essas normas podem tratar de matérias tais como as condições de trabalho e promoção dos empregados, avaliação dos projetos de investimento e a composição do conselho de administração.[43]

1812 Demais disso, a atribuição de autoridade ao conselho de administração permite maior eficiência na tomada de decisões. Se forem variadas, as estru turas decisórias tendem a pertencer a duas categoria: as baseadas no consenso e as fundadas na autoridade.[44] O consenso se impõe quando os membros da organização têm acesso à mesma informação e interesses similares. Nessas circunstâncias, cada um dos deles, agindo em seu próprio interesse, escolherá a opção que melhor convém aos outros. De outro lado, se há disparidades no acesso à informação ou nos interesses, os membros dificilmente estarão, to dos, voltados para a tomada de decisão consensual. Segundo Kenneth Arrow, torna-se, então, mais eficiente modelar uma estrutura decisória fundada na autoridade.[45] Tal estrutura se articula ao redor de um órgão central ao qual se encaminha o conjunto de informações e que terá o poder de tomar decisões que vinculam o conjunto dos membros.

1813 Em suma, a legislação das sociedades anônimas prevê um sistema de governança no qual a autoridade e a hierarquia exercem papel importante.

39. Coase 1937, p. 388.

40. Rock e Watcher, 2001, 1647-1661.

41. Para síntese da literatura sobre o papel das normas não positivadas em direito societário ver Rousseau 2001, p. 3.

42. Rock e Watcher, 2001, p. 1647-1653.

43. Ver, por exemplo, Cooter e Eisenberg, 2001.

44. Ver Arrow 1974, p. 68-70; Bainbridge 2002, p. 192-193, Dooley 1992, p. 463-470.

45. Arrow 1974, p. 68-70.

O modelo, baseado na autoridade, constitui elemento importante para uma tomada de decisão eficiente.

4. A TRANSFERIBILIDADE DAS AÇÕES

1814 Em uma sociedade por ações, os acionistas podem, livremente, dispor de suas ações transferindo-as a outros investidores. A transferência das ações permite que as sociedades possam manter suas atividades independentemen te da mudança de identidade dos acionistas.[46] Essa característica tem notável vantagem comparativa em face de sociedades e pessoas, nas quais as cotas sociais não podem ser transferidas sem o consentimento dos demais sócios a retirada de um deles pode levar à dissolução da empresa. A liquidez das ações influencia, positivamente, seu valor além de facilitar a construção de carteiras de investimento diversificadas.

Seção **2**

A maximização do valor e os conflitos de agência

1815 A teoria da rede de contratos ensina que o objetivo da sociedade deve ser avaliado em relação ao conceito de troca que é central no contexto contratual. Segundo tal teoria, todas as partes que interagem na rede de contratos visam a maximizar seus benefícios mútuos. Enquanto o processo de troca funciona bem, tal busca por benefícios permite obter ganhos de Pareto que beneficiam a coletividade conjuntamente. Sob esse ponto de vista, o objetivo de uma so ciedade deverá ser a maximização do valor para todas as parte envolvidas.

1816 Se o processo contratual funciona bem, a regra de direito tem papel li mitado no favorecimento da maximização do valor. A partir do momento em que o processo de troca deixa de operar a contento, a situação muda. Agora, é preciso retornar aos instrumentos de “governança” que podem amenizar os problemas e favorecer a realização de trocas mutuamente satisfatórias para todas as partes.

1817 Importante contribuição da teoria da rede de contratos consiste em nos induzir a examinar o detalhe das relações entre partes a fim de identificar com precisão os problemas de governança. Esse exame cuidadoso permite de ir além das críticas gerais e alarmistas, que põem em causa o conjunto do direito

46. Bainbridge 2002, p. 11-12; Klein e Coffee 1996, 137-139.

das sociedades,[47] como as que encontramos após os escândalos financeiros ou os infelizes incidentes que causaram prejuízos aos acionistas.[48]

1818 Feito à luz da teoria de agência, o exame permite realçar os conflitos de agência resultantes do oportunismo dos acionistas para identificar as falhas que podem afetar o objetivo de maximização do valor.[49] Isso nos põe em me lhor posição para avaliar o papel – e os limites – da regra de direito como instrumento de governança.

1. CONFLITOS DE AGÊNCIA NAS SOCIEDADES POR AÇÕES

a. Oportunismo dos administradores nas sociedades de base acionária dispersa

1819 O desenvolvimento das atividades das sociedades leva, geralmente, a uma especialização de funções. O aumento do porte da empresa e da complexidade de suas atividades é acompanhado da separação de funções de administração e propriedade das ações, originariamente unidas nas mãos dos acionistas.[50] Em função dessa separação, nas sociedades de porte médio ou grande, os acionistas tendem a não assumir mais do que o papel de investidores (ou fornecedores de capitais), conferindo a outras pessoas o poder de administrar os negócios.

1820 O fracionamento da base acionária nas sociedades é tributário de nume rosos fatores. Entre eles,[51] a existência de mercados financeiros desenvolvidos e a qualidade do regime de proteção dos direitos dos acionistas são realçados, conforme ilustram recentes trabalhos de La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer e Vishny.[52] Mercados financeiros desenvolvidos são necessários para permi tir que os acionistas controladores possam vender seus blocos de ações pelo preço que acreditam corresponder ao potencial de crescimento da empresa. A qualidade do regime de proteção dos direitos dos acionistas influi, de sua par te, sobre a vontade dos investidores de adquirir tais títulos atribuindo-lhes preço correspondente às expectativas dos controladores.

1821 O fracionamento da base acionária tem consequências sobre o financia mento das empresas na economia real. Uma vez que a base acionária seja

47. Bakan 2004.

48. Para avaliar as reformas neste contexto, ver Romano 2004.

49. Hansmann e Kraakman 2004b, p. 21-23.

50. Berle e Means 1956; Clarck 1981.

51. Ver Roe, 2006, que insiste na importância de fatores políticos e culturais.

52. La Porta, Lopez, Shleifer e Vishny 1998; La Porta, Lopez, Shleifer e Vishny 1999; La Porta, Lopez, Shliefer e Vishny 2000.

dispersa, o nível de desenvolvimento dos mercados financeiros e a qualidade do regime de proteção dos direitos facilitam a constituição de carteiras de ações diversificadas pelos investidores. A diversificação torna os investidores menos preocupados com os riscos associados às atividades específicas da em presa. Dito de outra forma, a diversificação melhora a tolerância dos investi dores a esse tipo de riscos, pois pode atenuá-los – eventualmente eliminá-los. Apenas o risco de mercados – também denominado risco sistêmico – importa para os investidores que tenham carteiras diversificadas. Isso faz com que as empresas tenham mais facilidades para financiar projetos arriscados ofe recendo perspectivas de rendimento mais elevado, o que tem consequências positivas para seu crescimento. Os trabalhos de Rajan e Zingales apontam que a taxa de crescimento das empresas atuantes em indústrias que requerem financiamento de terceiros é elevada nos países caracterizados por mercados financeiros desenvolvidos.[53]

1822 A separação funcional interna da sociedade cria uma relação de agência.[54] Os administradores são delegatários dos acionistas e exercem, a tal título, poderes decisórios relacionados à condução dos negócios da sociedade. Em bora isso se explique pela necessidade de especialização de funções, a re lação de agência tem um risco moral. Esse risco decorre da divergência de interesses gerada pelas diferenças entre o patrimônio dos administradores e o dos acionistas. Especificamente, o fator que determina os conflitos entre administradores e acionistas é o montante de investimento em ações pelos administradores.[55]

1823 Para compreender a influência do montante de investimento sobre a di vergência de interesses entre acionistas e administradores, convém iniciar com a sociedade unipessoal. Se uma pessoa detém todas as ações de uma sociedade, há, necessariamente, convergência entre seus interesses como acionista e como administrador. Se utiliza um ativo da sociedade para fins pessoais, o administrador-acionista será pessoalmente afetado pela baixa do valor das ações que se seguirá. O mesmo ocorrerá se agir de forma a prejudi car a sociedade administrando-a com negligência. O administrador-acionista tem pouco interesse em maximizar sua riqueza pessoal com comportamentos oportunistas e prejudiciais ao patrimônio da sociedade, pois sofre os efeitos pessoalmente.

1824 De outro lado, se não tiver nenhuma ação da companhia, o administrador poderá ter interesse em adotar estratégias oportunistas que sejam danosas para o patrimônio social e ao conjunto de acionistas. Em 1776 , em sua famo sa obra, Adam Smith se referia a esse risco:

53. Rajan e Zingfales, 1998.

54. Eisenhardt 1989; Jensen e Mackling 1976; Ross 1973.

55. Jensen e Meckling 1976.

"[...] os diretores de tais companhias, porém, sendo os administradores de recursos de outras pessoas e não dos seus, não se deve esperar que atuem com a mesma vigilância que adotariam os sócios em uma sociedade fechada em relação aos seus. Como o in tendente de pessoa rica, não se consideram aptos a dedicar atenção a matérias de pou ca expressão que não afetem a honra de seu amo. Negligência e profusão, portanto, predominam, mais ou menos, na administração de negócios de uma tal sociedade".[56]

1825 Em tal situação o administrador recebe a totalidade dos benefícios resul tantes das estratégias oportunistas, ao passo que recaem sobre os acionistas as desvantagens derivadas da diminuição do valor da sociedade. A título de exemplo, o administrador pode maximizar as vantagens pecuniárias (remu neração excessiva) ou sob outra forma (automóvel de luxo, escritório sun tuoso...) que obtém por meio da empresa. É o principal beneficiário dessas vantagens que não geram qualquer lucro para a sociedade. E são, sobretudo, os acionistas que podem incorrer nos custos em razão da queda de valor de suas ações. O administrador encarregado da estratégia pode, igualmente, le var a empresa a realizar uma série de investimentos visando ao crescimento ou aumento de seu poder e remuneração, mas que não gera qualquer valor para os acionistas.

1826 Entre os dois extremos, a proporção de ações detidas pelo administrador influi sobre o nível de divergência entre os interesses deste e dos acionistas. Quanto maior a parcela de ações detidas pelo administrador, menos intensos serão os conflitos pois ele assume, ou seja, soma o interesse do administrador em maximizar sua riqueza pessoal em detrimento da sociedade e o dos acio nistas, que será inversamente proporcional ao seu investimento. Entretanto, nas sociedades caracterizadas por base acionária dispersa, nenhum adminis trador tem investimento significativo que permita alinhar seus interesses aos do conjunto de acionistas.

1827 Sociedades com base acionária dispersa enfrentam problema específico de governança, o do oportunismo dos administradores. Recentemente, na onda dos escândalos financeiros norte-americanos, demonstrou-se a neces sidade de se enfrentar tal problema dadas as dramáticas consequências pro duzidas por falta de mecanismos de controle específicos. Se o problema de governança preocupa, não se deve superestimá-lo no Canadá e nos países da Europa continental. Nesses países as sociedades com base acionária dispersa

56. Smith, 1991, p. 401. Na versão original (Livro V, Capítulo,1, Of the Expences of the Sovereing or Commonwealth, Pt III, art. 1, parágrafo V.1.107) "*The directors of such companies, however, being the managers rather of other people's money than of their own, it cannot well be expected that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a private copartnery frequently watch over their own. Like the stewards of a rich man, they are apt to consider attention to small matters as nor for their master's honour, and very easily give themselves a dispensation from having it. Negligence and profusion, therefore, must always prevail, more or less, in the management of the affairs of such a company*". O problema foi retomado e desenvolvido por Berle e Means 1956.

são a exceção, ao contrário do que se dá nos Estados Unidos da América e no Reino Unido.[57] Prudência, porém, indica ser conveniente estudar a governan ça das sociedades de base acionária dispersa nas canadenses e europeias que se distinguem das similares anglo-americanas.

1827a. Nota da tradutora No Brasil, nada obstante estímulos fiscais, pou cas são, na realidade, as companhias abertas de base acionária dispersa. No entanto, é preciso considerar que em muitos casos o oportunismo de admi nistradores pode ser detectado além de, em certos casos, haver influência de controladores (sejam eles públicos ou privados), na condução dos negócios sociais nem sempre no interesse da sociedade e, portanto, do conjunto de investidores. A lei do anonimato prevê mecanismos de punição de adminis tradores e controladores que se aproveitem da posição/função, extraindo be nefícios pessoais.

b. *O oportunismo dos acionistas controladores nas sociedades anônimas de base acionária concentrada*

1928 Na medida em que os problemas de governança das sociedades de base acionária dispersa resultam do baixo investimento dos administradores, bastaria que a lei impusesse que todo administrador detivesse parcela signi ficativa do capital social da sociedade para eliminar os riscos de oportunis mo. Infelizmente, isso não é tão simples. Mesmo que reduza os benefícios líquidos dos comportamentos oportunistas, a concentração de investimen to não exclui, por si só, inteiramente a possibilidade da ocorrência de tais comportamentos.[58]

1929 Nesse contexto, o acionista ou o grupo de acionistas controladores são, em princípio, os representantes dos minoritários.[59] O acionista ou o grupo majoritário que, que fato ou de direito, tem poder de controle de uma so ciedade é motivado pela maximização de seus interesses. Assim, as decisões societárias em que haja concentração de ações são suscetíveis de serem toma das em função dos interesses de controladores, mais do que do conjunto de acionistas.[60] Ora, tal situação tem riscos de abuso em relação aos minoritários cujos interesses não sejam iguais aos do controlador.

1830 De um lado, o acionista controlador dispõe de poder para determinar as orientações importantes da sociedade mediante e eleição de administrado res e participação nas decisões relevantes da sociedade. Graças a esse poder de controle, pode influir sobre as decisões da sociedade a fim de que sejam

57. Daniels e MacIntosh, 1991; Faccio e Lang, 2002.

58. Daniels e Iacobucci, 2000, p. 83-84; Morck e Daniels, 1995, p. 3, 14-16.

59. Hansmann e Kraakman, 2004b, p. 22.

60. Daniels e MacIntosh 1991, 863, 884, 885; MacIntosh e Schwartz 1995, p. 357; Yalden 1995.

aprovadas em função de seu investimento em detrimento dos interesses dos outros acionistas. Concretamente, o poder de controle pode engendrar abu sos, notadamente em face de partes relacionadas, quer dizer, entre partes próximas. A título de exemplo, cita-se a realização de venda de certos ativos de uma sociedade controlada por um acionista majoritário a outra sociedade igualmente por ele controlada, tendo como contrapartida valor que não refle tia de forma justa o dos ativos, a fim de favorecer a segunda sociedade. Tal transação diminuiria os ativos da sociedade vendedora, incidindo sobre os interesses dos seus minoritários. Já o acionista controlador, por participar das duas sociedades, estando dos dois lados da operação, não sofreria qualquer prejuízo e, ao revés, se beneficiaria.

1830a. Nota da tradutora A Lei nº 6.404/1976, no art. 116, define acionista controlador, associando a maioria dos votos nas assembleias gerais e o uso desse voto majoritário para eleger a maioria dos administradores, dirigir as atividades da sociedade e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. O parágrafo único a esse artigo esclarece que o uso desse poder deve ser di recionado para a realização do objeto social. Ademais disso, a lei impõe aos controladores deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, os trabalhadores e a comunidade em que a sociedade atua, cujos direitos devem ser respeitados e atendidos. Em 2001, promulgou-se a Lei nº 10.303, aplicável a controladores de companhias abertas, no que tange a informações ao merca do sobre mudanças da posição acionária que deve ser informada à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e Bolsa de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado em que as ações sejam admitidas à negociação.

A lei prevê a responsabilidade de controladores pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder (art. 117). O parágrafo 1º do art. 117 contempla, exemplificativamente, modalidades de abuso de poder. Reforma de 1997 da lei do anonimato coíbe, como forma de abuso de poder, a integra lização de ações com bens estranhos ao objeto social (exemplo: fazenda – área rural – utilizada para pagamento de ações da VASP).

Os arts. 153 e seguintes da lei tratam dos deveres e responsabilidades de administradores, desvio de poder, dever de lealdade, e no art. 156 apare ce a questão dos conflitos de interesses e, no seguinte, o dever de informar. Os administradores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade em virtude de ato regular de gestão. Res pondem, porém, se agirem com culpa ou dolo, violação da lei ou do estatuto social. Dado que diretoria e conselhos – de administração e fiscal – são órgãos colegiados, para não ser responsabilizado pelos danos causados o administra dor não pode ser conivente com a prática, ou seja, deve votar contra.

Nada obstante as normas legais, os comportamentos oportunistas e/ou abusivos ocorrem, também, entre nós. Vejam-se processos quer judiciais quer administrativos (CVM), propostos por minoritários ou abertos pela autarquia.

1831 De outro lado, a concentração de ações gera risco de "cerceamento" ou de "incrustação".[61] O acionista controlador que tenha contribuído para o cres cimento da sociedade pode acabar por exercer influência prejudicial sobre os negócios, seja pelas decisões aprovando operações erradas, seja por crescente propensão de aprovar matérias de seu interesse e não do conjunto de acionis tas. Levando em conta o porte do investimento, este acionista não pode ser excluído sem que concorde com isso, o que impede a mudança da situação e prejudica os interesses dos demais acionistas.

1832 A concentração de ações não elimina os riscos de oportunismo na socie dade. Apenas altera sua natureza. A concentração de ações dá ao controlador o poder de privilegiar seus interesses em detrimento dos interesses da socie dade e dos demais acionistas. Considerando a concentração de ações existen tes no Canadá e países da Europa continental, o problema do oportunismo do controlador merece especial atenção.

c. Oportunismo da sociedade em relação ao das outras partes interessadas

1833 Pode-se aplicar a teoria da agência às relações entre a sociedade e outras partes interessadas, quer dizer, empregados, fornecedores, credores, consu midores etc. Sob esta perspectiva, a sociedade é a delegada de cada uma das partes interessadas e, a esse título, dispõe de poder que os afeta.[62] Os confli tos de agência aparecem em decorrência da tomada de decisão em função dos interesses dos acionistas, conforme a teoria do nexo ou rede de contratos.

1834 Lembra-se que, segundo a teoria da rede de contratos, a sociedade por ações é uma criação legal artificial que serve como estrutura para o estabele cimento de relações contratuais entre diferentes participantes da produção.[63] A sociedade é o local de encontro dos contratos explícitos e implícitos que estabelecem as modalidades de fornecimento e de agenciamento dos recur sos provenientes dos acionistas, credores, empregados etc.[64] Esses contratos fixam, igualmente, os termos de repartição dos ganhos gerados entre esses diversos fornecedores.

1835 A teoria de rede de contratos acentua os grupos de pessoas que estão dentro da sociedade anônima. Ressalta a comunidade de interesses que se forma na sociedade. O estudo das condições dos contratos que se formam na sociedade guia a maior parte dos apoiadores dessa teoria a privilegiarem os

61. Morck e Daniels 1995, p. 15-16; Charreaux 1997, p. 145-147.

62. Hansmann e Kraakman 2004b. p. 22.

63. Jensen e Meckling 1976, 311: "*[the] firm is simply one form of legal fiction which serves as a nexus for contracting relationships*", [a] … empresa é simplesmente uma ficção legal que serve como nexo para relações contratuais

64. Fama 1980, 290.

acionistas afirmando a primazia de seus interesses, dado seu *status* de benefi ciários residuais (*residual claimants*).[65]

1836 O benefício residual é o lucro líquido da empresa após o pagamento dos credores. O beneficiário residual é aquele que detém um título cujo valor esperado está estreitamente ligado ao fluxo financeiro da sociedade.[66] Esse valor aumenta se a sociedade for bem-sucedida, diminui no caso contrário. Dito de outra forma, trata-se de pessoa cujas relações com a sociedade são tais que tem interesse residual em relação ao sucesso da sociedade. As re gras de governança da empresa devem ser modeladas a fim de promover e proteger os interesses dos acionistas uma vez que eles formam o único grupo de participantes que têm interesse em maximizar o valor da sociedade como beneficiários residuais.[67] Segundo comentaristas, a modelagem das regras de governança da empresa deve preservar os interesses dos acionistas por serem aqueles que têm interesse em que o valor da companhia seja maximizado.[68] Em outros termos, os acionistas têm interesse na rentabilidade geral da so ciedade uma vez que, como beneficiários residuais, o valor de suas ações está estreitamente vinculado aos fluxos financeiros gerados pelas atividades da so ciedade.[69] Diferentemente ocorre com os demais credores que detêm créditos determinados (fixos). Estes não têm interesse no aumento do valor da socie dade além do que seja necessário para garantir o pagamento de seus créditos, uma vez que não se beneficiarão dos ganhos que excederem o montante da remuneração prometida em contrato. Eles não pretendem mais do que o pa gamento de seus créditos e, em consequência, favorecem as operações pouco arriscadas que permitam a garantia do pagamento.

1837 Nada obstante, a tomada de decisão em função do critério de maximiza ção dos lucros pode ter efeitos prejudiciais para as outras partes, dadas con sequências como a expropriação dos credores, a exploração dos trabalhadores ou abuso de consumidores. Tais consequências negativas podem se manifes tar quando a sociedade não respeita contratos explícita ou implicitamente celebrados com terceiros, de forma a maximizar os benefícios residuais.[70] A título de exemplo, uma sociedade pode utilizar o ativo excedente destinado a um regime de aposentadorias dos empregados para melhorar o balanço finan ceiro no interesse dos acionistas. Outra pode escolher método de produção

65. Ver, por exemplo, Black e Kraakman 1996, 1920-1921; Hansmann e kraakman 2000, p. 9; Smi th 1998. Ver, também, Capítulo sobre as interações humanas.

66. Alchian e Demsetz, 1972; Cheffins 1997, p. 54-58; Klein e Coffee 1886, p. 270-271; Easter brook e Fischel 1991, p. 67-68.

67. Alchian e Demsetz 1972, 782; Butler 1989; Macey 1991; Easterbrook e Fischel 1991, p. 68.

68. Berle e Means 1956; Hansmann e Kraakman 2000, p. 9.

69. Butler 1989; Macey, 1991, 27-28.

70. MacIntosh 1993.

poluidor para maximizar os lucros para os acionistas em detrimento da quali dade do meio ambiente.

1838 Ao longo dos últimos anos o oportunismo da sociedade em relação a terceiros interessados tem sido objeto de intensas preocupações que foram canalizadas, especialmente, em obras como *The corporation*,[71] que resultou em documentário, e *Corporate irresponsibility: America's newest export.*[72] As críticas retomaram o movimento da responsabilidade social, movimento este cujas raízes aparecem já no início do século XX. Clark, em 1916, mostra haver desvio na direção da responsabilidade social em virtude da crescente interde pendência entre os agentes na sociedade.[73] Em 1932, Berle e Means fazem da empresa uma constelação de interesses mais do que instrumento dos acionis tas.[74] Constatam, paralelamente, o desenvolvimento de pressão social que se exerce sobre os administradores para que reconheçam sua responsabilidade em face de todos cujo bem-estar possa ser afetado por decisões empresariais.[75] A partir de 1931, as discussões entre Berle e Dodd permitem a evolução da teoria do *stakeholder* (quem tem algum interesse na operação da empresa). Enquanto Berle defende visão acionária da empresa porque nenhuma outra perspectiva parece clara e razoável,[76] Dodd replica afirmando que os admi nistradores são responsáveis perante todos os grupos que formam a empresa (acionistas, assalariados, clientes e o público).[77] Finalmente, na sua obra *The 20th century capitailst revolution*, Berle nota que o direito das sociedades evolui para uma visão mais aberta do objetivo da sociedade.[78] Barnard contribui para esse movimento quando lança a ideia de que a empresa deve equilibrar os in teresses concorrentes dos diferentes participantes para manter a cooperação necessária.[79] Em seguida, Bowen insiste na obrigação social e moral que os homens de negócios devem ter presente na administração de grupos externos afetados por suas decisões.[80] Penrose vê a empresa como instituição coesiva que contribui para a criação, preservação e desenvolvimento de aprendizado e que permite o enriquecimento de conhecimento sobre a natureza da firma

71. Bakan 2004.
72. Mitchell 2001.
73. Clarck 1916, p. 209.
74. Berle e Means 1932.
75. Berle e Meansm 1956 p, 310.
76. Berle e Means, 1932; Berle, 1954.
77. Dodd 1932; Dodd 1935; Dodd 1942, 538.
78. Berle 1954, p. 169.
79. Barnard 1938.
80. Bowen 1953.

e o papel dos administradores.[81] Em 1963 o termo *stakeholder* foi empregado pela primeira vez pelo Stanford Research Institute. Se Ansoff foi um dos pri meiros a se referirem à teoria do *stakeholder* na sua definição dos objetivos or ganizacionais de uma empresa,[82] o termo foi "democratizado" com Freeman, que lhe confere acepção mais ampla.[83] No curso dessa evolução, a empresa é percebida como uma instituição que não tem como único e exclusivo objetivo perseguir benefícios.[84]

1839 Mais recentemente, Stout resumiu os argumentos em favor da teoria do *stakeholder*. Depois de rejeitar os argumentos habitualmente apresentados que sustentam a teoria do *stakeholder primacy,* o autor constata que do ponto de vista prático o modo de funcionamento das empresas parece favorável ao mo delo da *stakeholder*.[85] De um lado o autor critica o fato de que os acionistas sejam os proprietários da firma, razão errada,[86] permanecendo duvidosa,[87] e empiricamente incorreta.[88] De outro lado, o argumento de que os acionis tas são beneficiários residuais da empresa é contestado porque isso não vale quando as empresas requerem falência,[89] porque são os administradores que decidem se os acionistas devem receber esse crédito,[90] e porque os acionistas não são os únicos credores residuais.[91] Enfim, estudo empírico do direito nor te-americano das sociedades demonstra que, na realidade, o modelo adotado é o dos *stakeholders*.[92] Confirmando o desenvolvimento da teoria das partes interessadas, abordagem mais contratualista da empresa ganha espaço[93] ao

81. Penrose 1959. A influência alemã sugere que a personalidade jurídica da sociedade permitindo tenha existência separada dos acionistas não deve ser subestimada (Von Gierke, 1958).

82. Ansoff 1968, 52.

83. Freeman 1984.

84. Lee 2004 p. 40.

85. Stout 2001, p. 1202.

86. Stout 001, p. 1191.

87. Stout 2001, p. 1191.

88. Stout 2001, p. 1191.

89. Stout 2001, p. 1193.

90. Stout 2001, p. 1194.

91. Stout 2001, p. 1994.

92. Stout 2001, 1203 e segs.

93. As abordagens de firma defendidas pelas teorias contratuais tendem a tornar o modelo de fendido por Friedman obsoleto. Este último concebe a empresa como uma coisa suscetível de ser possuída. Ora, sendo os acionistas proprietários da firma, pareceria normal que os administrado res estivessem a seu serviço e, em consequência, apenas o interesse dos acionistas fosse levado em consideração. Ao recusar-se a considerar a firma como bem sujeito à posse, os partidários das teorias contratualistas põem em xeque o argumento central de Friedman. Recentemente, quanto à abordagem mais contratual: Orse 2007a; Orse 2007b.

levar em conta certas partes interessadas na atividade da empresa. A partir daí, certos autores, como Pfeffer e Salancik, afirmam que a perenidade de uma organização depende de sua aptidão para administrar demandas dos agentes sociais das quais depende sua sobrevivência.[94] Essa situação pressupõe uma administração que reconheça e identifique os grupos sociais de cuja organi zação dependa, ajuste suas ações às demandas, crie contrapoderes e tente influenciá-los a fim de reduzir sua vulnerabilidade e incertezas.[95]

1840 Desenvolve-se atualmente, na Europa, corrente de pensamento similar e diversos autores oferecem série de argumentos visando a consagrar a superio ridade da visão *stakeholder* da firma. Retomando a análise da concepção restri tiva, Naro traz à luz muitos elementos.[96] Em primeiro lugar, "se a finalidade da empresa está na maximização de seu valor de mercado no curto prazo, podemos nos indagar quanto à perenidade desse valor, se os administradores não se importarem com as externalidades negativas em termos sociais ou ecológicos de sua gestão e dos riscos que podem recair sobre os fundamen tos da sociedade na qual a empresa encontra oportunidades e recursos". Em segundo lugar, o autor observa que "[...] o valor da firma está nos recursos, competências ou capacidades, idiossincrasias e não transferibilidades, que conferem à empresa sua vantagem competitiva e sua rentabilidade [...] [ou] nos elementos intangíveis [...]. Ora, todos esses elementos são submetidos a uma administração de longo prazo das relações com as partes interessadas da empresa [...]". Demais disso, como nota Presqueux, "nas condições atuais de primazia do aspecto financeiro para satisfazer às exigências dos acionis tas, [não serão] os investidores, talvez, os mais rentáveis e mais reversíveis que serão privilegiados [ao se recusarem a adotar a visão do *stakeholder*?]".[97] Pesqueux acresce que a primazia do valor dos acionistas leva a um totali tarismo político de ordem econômica dos agentes financeiros,[98] como, por exemplo, as auditorias..., que decretam a criação de valor em referência a nor mas, o que serve, finalmente, como referência ao jogo relativo dos atores das empresas.[99] De forma idêntica, Maati resalta que, além de acionistas, outras pessoas têm interesse nas ações da firma por conta da incidência da externali dade de sua produção, que os acionistas não são mais do que parcela pequena no financiamento e que não possuem a empresa da qual não detêm mais do que o crédito residual.[100]

94. Pfeffer e Salanik 1978.

95. Capron e Quairel 2004.

96. Naro 2004, p. 62 e segs.

97. Presquqeux, 2002.

98. Nesse sentido Presqueux 2002, p. 145.

99. Nesse sentido Presqueux 2002, p;145.

100. Maati 2004.

1841 Concluindo, como escreveu Labie,[101] a teoria do *stakeholder* constitui vi são moderna da sociedade na medida em que entende que a organização é, sobretudo, uma construção social, instrumento dedicado apenas à boa gestão dos recursos a ela destinados. Mais, a teoria do *stakeholder* permite a adapta ção da firma às modernas concepções que consagram visão cognitiva na qual os conhecimentos e competências exercem papel central.[102] Além disso, a teo ria do *stakeholder* se presta melhor à evolução iniciada no século XX, que tende a reduzir o individualismo em favor de novas formas de vida coletiva abrindo espaço para o nascimento de noções como “vínculos”, “relações coletivas”, “equipe”, “comunidade”.[103] Enfim, a teoria do *stakeholder* oferece os meios para combater o curtotermismos que, atualmente, caracteriza a governança na em presa.[104] Finalmente, o *shareholder* não surge mais só na empresa. Em relação à estrutura suave e volátil que a empresa se tornou,[105] ainda uma vez surgem atores que se obrigam contratualmente com a empresa. Esta precisa deles e eles pretendem obter renda ou remuneração dessa relação. Os *stakeholders* tornaram-se atores necessários para a criação de valor; é preciso negociar com cada um deles sua contribuição e remuneração. Os *stakeholders* (bastante di versos e variáveis) são os agentes em relação aos quais não apenas o bem-es tar é afetado pelas ações em que se envolve a firma, mas ainda sem os quais o suporte daquela organização deixaria de existir.[106]

2. CONSEQUÊNCIAS DOS CONFLITOS DE AGÊNCIA

1842 Os conflitos de agência geram *custos de agência* que reduzem a rentabi lidade da sociedade.[107] Podem-se distinguir três tipos de custos de agência. Primeiramente, *custos de fiscalização* que são assumidos para limitar compor tamentos oportunistas. Como exemplo, sabedores dos riscos de abuso, os acionistas podem criar sistemas de controle para mensurar a qualidade da ação dos administradores e detectar precocemente indícios de comportamen tos contrários aos interesses da sociedade. Em segundo lugar, os administra dores podem ter interesse em incorrer em *custos de fidelização* mediante o uso de *signalling*[108] (sinalização), para obter a confiança dos acionistas ou partes

101. Labie 2005.

102. Depret e Hamdouch 2005, p. 49 e segs.

103. O modelo é defendido por Trémolières, 2000.

104. Massie 2006 critica a governança das empresas orientada pelo curto prazo, pois apenas visão de longo prazo favorece o crescimento do PIB, a criação e o desenvolvimento duradouro.

105. Brunhes 2001, p. 117.

106. Maati 1999.

107. Charreaux 1997, p. 147; Eisenhardt 1989, 60-61; Jensen e Meckling 1976.

108. Ver Capítulo sobre contratos.

interessadas e, dessa forma, se apartar dos administradores oportunistas. Os administradores podem, por exemplo, aceitar submeter-se a regime de res ponsabilidade que puna as faltas de respeito a seus compromissos de atuarem de forma eficaz no desempenho de suas atribuições.[109] Ao fazê-lo, os bens pessoais dos administradores servem como garantia, reforçando a qualidade de seus compromissos, aumentando a probabilidade de sua fidelidade. Se os dois primeiros tipos de custos são explícitos, o terceiro tipo é implícito e apa rece sob a forma de custo de oportunidade. Corresponde à *perda residual* su portada pelos acionistas dada a impossibilidade de controlar, com perfeição, o oportunismo dos administradores e dos acionistas controladores.

Seção 3

Modos de enquadramento das sociedades por ações

1843 A teoria do rede de contratos emergiu durante os anos 1970 de trabalhos de Fama, Jensen e Meckling, impondo-se como uma das principais molduras de análise da sociedade por ações. Segundo a teoria, a sociedade por ações é uma criação legal artificial que serve como estrutura para abrigar o estabele cimento de relações contratuais entre diferentes intervenientes que partici pam da produção.[110] A sociedade é um nó de contratos explícitos e implícitos que estabelecem as modalidades de fornecimento e organização dos recursos provenientes de acionistas, credores, empregados etc.[111] Esses contratos de terminam, igualmente, a forma de repartição das receitas entre os diversos fornecedores.

1844 Nada obstante o caráter contratual dessa forma de empresa, a legislação societária se alargou e dispõe sobre seu funcionamento. Recorre a três cate gorias de normas para reger o funcionamento e organização das sociedades: disposições de aprovação, (permissivas), regras supletivas e normas cogentes ou imperativas.[112] As primeiras, habilitam, atribuem poder e conferem eficá cia (efetividade) às soluções adotadas para os que constituem a sociedade. As *normas supletivas* estabelecem regras “destinadas, apenas, a reger relações

109. Buckley e Gille, Yalden 1995, p. 371.

110. Jensen e Meckling 1976, 311: “[*the*] *firm is simply one form of legal fiction which serves as a nexus for contracting relationships*” ([a] firma é simplesmente uma forma de ficção jurídica que serve como nexo para relações contratuais).

111. Fama 1980, 290.

112. Ver Capítulo sobre contratos

entre pessoas destituídas de poder".[113] Em suma, as disposições permissivas enunciam regras "*opt in*", ao passo que as disposições supletivas estabele cem regras "*opt out*". As disposições cogentes impõem regras não derrogáveis quando da constituição da sociedade.

1845 O nível de detalhe da legislação é intrigante. Por que a legislação não se satisfaz com o reconhecimento da personalidade jurídica da sociedade por ações e permite que a organização seja feita por via de negociação contratual? Quais são os motivos que justificam a utilização de uma ou outra dessas três categorias de disposições legais?

1846 Conforme a teoria da rede de contratos, a legislação sobre sociedades de veria ter como finalidade facilitar a troca entre partes. A troca entre as pessoas constitui mecanismo fundamental para gerar ganhos de Pareto.[114] A legislação deveria ter como função principal oferecer disposições autorizativas e supleti vas que facilitassem a troca entre partes reduzindo os custos de negociação e de redação de contratos. Mais, a legislação deveria evitar normas imperativas dado que essas regras entravam o processo de troca entre as partes. Entretan to, como o processo de troca pode ser afetado por falhas, as regras imperativas servem como paliativo das lacunas no consensualismo.

1847 Sejam elas autorizativas, supletivas ou imperativas, as disposições legais, ao menos, não impõem regras de conduta. Põe-se, então, a questão da elabo ração de tais normas. Dito de outra forma, que abordagem deverá ser seguida pelo legislador para formular normas de conduta presentes na legislação so bre sociedades?

1848 Para a maioria dos que propõem a teoria do rede de contratos, normas de conduta deveriam ser elaboradas a partir de um modelo de negociação hipotético (*hypothetical bargaining model).*[115] Concretamente o modelo propõe que cada norma seja estabelecida mediante identificação da solução à qual as partes interessadas chegariam se tivessem podido prever e regular a questão em condições ideais de negociação. Para cada uma das normas editadas pela legislação, trata-se de determinar as escolhas que as partes fariam se dispu sessem de toda informação, não tendo custos de transação elevados e com a segurança de que os entendimentos concluídos seriam executados tal como acordado. Segundo essa teoria, as normas emergentes de tal análise serão efi cientes uma vez que pessoas racionais negociando, em tal contexto, se enten deriam verdadeiramente sobre as medidas que levassem ao ganho de Pareto, que dizer, que maximizassem o bem-estar das partes.

113. Pineau e Gaudet 2001, p. 310, 156.

114. Ver Parte II, Capítulo 5.

115. Bebchuk 1989; Cheffins 1997, c. 6. Ver Parte II, Capítulo 5.

1. DISPOSIÇÕES SUPLETIVAS

1849 As partes de contratos celebrados na sociedade raramente estão aptas a elaborar contratos completos prevendo regras para todos os eventos que po dem atrapalhar sua execução.[116] Isso ocorre por terem informação imperfeita sobre eventualidades, ou porque é muito custoso prevê-las dada a baixa pro babilidade de sua ocorrência.[117]

1850 Diante dessas circunstâncias, a legislação pode exercer papel supletivo oferecendo regras que preencham as lacunas nos contratos.[118] As regras suple tivas editadas pelo legislador se assemelham a um contrato tipo que serve de ponto de partida para as partes para estabelecerem o modo de organização e de funcionamento dos negócios da sociedade. As partes são livres para modificar essas regras, afastá-las, para adaptar os termos do contrato aos seus interesses particulares. Em outras palavras, as disposições supletivas modelam regras que se aplicam a todas as sociedades, não havendo previsão contrária. Como exemplo de norma supletiva, o art. 123.38 da lei das anônimas de Québec (*Loi sur les compagnies)*, segundo o qual as ações do capital – ações de uma companhia, constituída de acordo com a Parte IA, são consideradas sem valor nominal, salvo disposição em contrário no estatuto social. Da mesma forma o art. L.228-8 do Código de Comércio francês torna facultativa a obrigação de mencionar no estatuto social das sociedades por ações seu valor nominal.

1851 O conteúdo das regras supletivas deve, contudo, ser elaborado com cui dado.[119] É preciso ter presente a dificuldade das partes de conhecer, com precisão, o conjunto de regras supletivas aplicáveis à suas relações. As par tes, também, serão frequentemente submetidas a tais regras sem saber. Por esse motivo, é conveniente que as regras supletivas reflitam a solução que as partes, habitualmente, privilegiariam se pudessem negociar livremente e conhecessem o problema.[120] Se a regra conviem apenas a poucas situações, é preferível evitar que a maioria das partes incorra nos custos necessários para evitar sua aplicação, editando a norma sob a forma permissiva.[121]

1851a. Nota da tradutora Normas supletivas, no direito brasileiro, são apli cadas conforme o tipo contratual, ou as regras gerais de contratos/obrigações sempre que não expressamente afastadas, por disposição expressa, presente

116. Shavell 1998, p. 436-445. Ver Parte II, Capítulo 5.

117. Ayres e Gertner 1989; Cheffins 1997, p. 257.

118. Cheffins 1997, p. 25; Butler e Ribstein, 1988, 615; Wood 1993; Epstein 1995, p. 248; Easter brook e Fischel, 1991, p. 34-35. Ver Parte II, Capítulo 5.

119. Cheffins 1997, p. 257-262.

120. Ayres e Gertner 1989, 89-90; Ver Cheffins 1997, c.6.

121. Às vezes poderá ser oneroso derrogar uma norma supletiva. Ver, por exemplo, art. 6(3) L.C.S.A., que requer que modificação da norma da maioria especial não possa ser feita senão nos estatutos ou por convenção unânime dos acionistas.

no clausulado negocial/contratual. No caso de sociedades, exemplo simples é a determinação da aplicação subsidiária das normas da sociedade simples às limitadas, salvo expressa previsão de serem utilizadas, no que compatíveis, as normas das anônimas (art. 1.052 CCB). Tem-se, neste exemplo, a curio sa situação em que seriam aplicadas às limitadas, em princípio sociedades empresárias, normas predispostas para sociedade NÃO empresária (enfatizo a negativa), o que pode complicar a aprovação de alterações contratuais. A lei do anonimato (Lei nº 6.404/1976) exige completa e precisa definição do objeto social, facultando a participação em outras sociedades, mesmo sem previsão estatutária, para alcançar o objeto social (esta uma regra supletiva). Quanto às ações a lei determina que o estatuto explicitará se terão ou não va lor nominal, facultando-se a criação de ações preferenciais com valor nominal enquanto as ordinárias poderão ser sem valor nominal. Há regras cogentes relacionadas ao pagamento de dividendos. De destacar as normas relativas à constituição da companhia (arts. 80 e segs. da lei) e, especialmente, a relação do art. 109 que dispõe sobre direitos essenciais dos acionistas. A última é norma cogente.

2. DISPOSIÇÕES PERMISSIVAS

1852 De acordo com a teoria da rede de contratos, os termos dos diversos contratos celebrados nas sociedades são considerados como mutuamente sa tisfatórios para os cocontratantes, resultantes de trocas voluntárias entre as partes. Uma função patrimonial da legislação sobre sociedades é, portanto, fornecer um quadro que facilite a elaboração de contratos. É o que reconhece o juiz Dickson, da Suprema Corte do Canadá, no acórdão *McClurg*, ao afirmar que a lei das sociedades por ações de Saskatchewan "tem por escopo facilitar as coisas, ou seja, permite às partes, sob certas condições explícitas, estrutu rar as sociedades como desejam".[122]

1853 As disposições permissivas favorecem a formação e o funcionamento eficaz das sociedades por ações ao conferir às partes o poder para adotar as estruturas que desejarem e realizar operações que desejarem legais.[123] Con cretamente, tais disposições propõem regras opcionais que as partes podem adotar ao manifestarem sua intenção de vê-las aplicadas (*"opt in"*). Como exemplo, citamos, no direito de Québec, os artigos 146 L.C.S.A. e 123.91 L.C.Q., que reconhecem a legalidade de disposições sobre unanimidade. Antes de tais regras, a validade de tais convenções era incerta, em particu lar quando restringissem os poderes dos administradores, como se vê no

122. R.C. McClurg,(1990) 3 R.C.S. 1020, 1047-1048. Ver, também, Iacobucci, Pritchard e Pilking ton 1997. p. 6.

123. Cheffins 1997, p. 250-253.

acórdão *Bergeron c.Ronguet.*[124] No direito francês, a sociedade anônima ilustra essa filosofia das disposições permissivas. Os estatutos determinam a forma pela qual a sociedade é administrada, as condições de designação do presi dente, as decisões que devem ser tomadas coletivamente pelos acionista, a inalienabilidade das ações, a submissão da cessão de ações a um acordo, a obrigação de cessão por um acionistas ou a suspensão de seus direitos pecuniários.[125]

1854 As disposições permissivas facilitam a elaboração da rede de contratos ao eliminarem as dúvidas quanto à legalidade da medida adotada. Reduzem os custos associados a litígios visando estabelecer a legalidade da operação em questão. Evitam, igualmente, que as partes incorram em despesas para estrutu rar a operação ao assegurarem, fora qualquer dúvida, a legalidade *a priori.*[126] Em resumo, graças a tais disposições, as partes não precisam renunciar a operações benéficas para a sociedade por conta da incerteza quanto à sua legalidade.

1855 Nada obstante sua atratividade, as regras permissivas não são indicadas em todos os casos.[127] Sua utilização não é apropriada para criar uma regra que a maioria das partes adotaria uma vez que estas incorreriam nos custos por adotar a regra (*"opt in"*) imporia. Seria pouco adequada, por exemplo, regra permissiva segundo a qual as ações representativas do capital social de uma sociedade não têm valor nominal. Na maior parte das sociedades a preferência é por ações com valor nominal, o que dá maior flexibilidade à fixação do preço de emissão. Ao estipular essa norma sob forma permissiva, o legislador constran geria a maioria das sociedades a ter de optar, formalmente, no estatuto social, pelo valor nominal, onerando inutilmente o processo de redação dos estatutos. De convir que a regra que tem aprovação da maioria das partes deveria ser su pletiva de maneira a ser aplicada, a menos que seja descartada (*"opt out"*).

1856 As disposições permissivas têm pouca utilidade no oferecimento de tu tela especial a uma parte se a maioria não a adotar a regra de proteção por considerar que lhe impõe restrições. Dar-se-á o mesmo no caso de regras destinadas a proteger terceiros estranhos à rede de contratos.

3. DISPOSIÇÕES IMPERATIVAS

1857 As disposições imperativas são a terceira categoria de regras presentes na legislação societária. Como a denominação indica, são normas relativamente imutáveis, ou seja, em relação às quais as partes não dispõem da liberdade de

124. [1960] R.C.S. 672.

125. Arts. 227-5, 227-7, 227-9, 227-13, 227-14, 227-16.

126. Black 1990.

127. Cheffins 1997, p. 253-256.

modificar ou afastar. Portanto, as normas imperativas constituem limite ao consensualismo, ao imporem regras de conduta às partes.

1958 Essas regras imperativas são objeto de inúmeras críticas.[128] O que se acentua é que, sendo as sociedades por ações submetidas a esse tipo de dis posições muito variadas – indo da pequena anônima familiar à grande socie dade aberta cujas ações são negociadas em mercados bursáteis –, as normas imperativas raramente convêm ao conjunto de sociedades às quais se apli cam. Isso se prova tendo em vista que as diferentes autoridades reguladoras que estipulam essas regras são, em geral, menos informadas das necessida des das sociedades que seus membros. Como alguns referiram, possível, com frequência, aos participantes estruturar uma operação ou organizar a socieda de de forma a evitar as restrições impostas pelas regras imperativas.[129] Nada obstante, os participantes incorrerão custos para atingir o resultado visado; esses custos aparecerão nos honorários profissionais ou atrasos na realização do projeto visado.[130] Por essas razões, muitos comentaristas entendem que normas cogentes deveriam ser evitadas. A legislação das sociedades deveria se voltar sobretudo para normas flexíveis que possam ser adaptadas de sorte a responder às variadas preferências de seus membros.[131]

1859 Conquanto suscitem críticas, as disposições imperativas não ficam fora do ambiente regulatório das sociedades por ações. Por que são utilizadas? A explicação mais frequentemente oferecida acentua os limites do processo consensual como forma de ordenação das atividades das sociedades.[132] En tre as falhas apontadas para sustentar a necessidade de normas imperativas citam-se as assimetrias de poder, as assimetrias informacionais e os custos externos. Cada uma dessas falhas restringe a aptidão dos membros da so ciedade para proteger seus próprios interesses no quadro das negociações e justificaria a adoção de normas imperativas.

1860 Entretanto, convém apontar que a existência de falhas no processo de troca não constitui, inevitavelmente, justificativa suficiente para empregar normas imperativas. Na verdade, é preciso estar consciente que essas regras imperativas engendram custos.[133] Portanto normas imperativas só deveriam ser empregadas quando os custos por elas criados fossem inferiores aos do problema a ser equacionado. Nessa linha de pensamento é, então, possível

128. Cheffins 1997, p. 227-249; Ribstein 1993, 991-998.

129. Black 1990; Romano, 1989.

130. Cheffins 1997, 231.

131. Ribstein 1993, 996.

132. Ver, por exemplo, Anderson 1978; Buckley, Gillen e Yalden 1995, p. 517-523; Brudney 1985; Coffee, 1989; Eisenberg 1989.

133. Ver, por exemplo, Epstein 1995, p. 31-36; Cheffins 1987; McChesney 1989.

que as trocas entre partes, mesmo enquadradas pela legislação, não possam levar a estruturações ótimas.

a. *As assimetrias de poder*

1861 A teoria da rede de contratos tem base na premissa de que, na medida em que as partes cooperam e, entre elas, transigem, agem no seu melhor interes se. Tal premissa é plausível para decisões de coordenação em que as partes têm o mesmo objetivo. Assim, por exemplo, a decisão de fornecedores de fatores de produção de se associarem em uma empresa. Ao cooperarem, bene ficiam-se dos ganhos de produtividade, o que lhe dará melhor rendimento dos recursos fornecidos. A reciprocidade gera ganhos mutualmente satisfatórios para as partes.

1862 De outro lado, a cooperação se impõe com menor certeza na medida em que as decisões das partes tenham por objeto a distribuição dos recursos como resultado dos benefícios resultantes da produção.[134] No caso de tais decisões, os interesses das partes são divergentes: cada uma deseja maxi mizar seu próprio interesse mais do que o da coletividade, obtendo a maior parcela possível dos recursos disponíveis. Assim sendo, mais do que cooperar, as partes serão tentadas a influir no processo de distribuição dos recursos a seu favor, explorando uma assimetria substancial na sua relação com as ou tras partes.[135] De outra forma, serão tentadas a agir de modo oportunista. A assimetria pode ensejar um poder de monopólio local ou temporal, sobre o acesso à informação ou, ainda, sobre a justa avaliação de pequenas probabili dades de arranjos complexos (racionalidade limitada) ou sobre a capacidade de assumir os riscos. Na medida em que uma parte consegue explorar essa assimetria, a distribuição dos recursos não será, verdadeiramente, eficiente por não resultar de uma troca totalmente voluntária entre as partes.

1863 As assimetrias de poder que podem existir entre as partes, nas socieda des anônimas, constituem razão para explicar certas normas imperativas.[136] A assimetria de poder se assemelha a um monopólio que permite que uma parte, o monopolista, imponha às demais a forma de distribuição de recur sos. Tal forma de assimetria aparece, sobretudo, nas sociedades em que um acionista majoritário ou dominante detém o controle *de jure et de facto* da so ciedade. Esse acionista pode tentar utilizar sua posição dominante para pro mover seus próprios interesses em detrimento dos demais acionistas e partes

134. Cooter 1982.

135. Klein 1982, 1556.

136. Cheffins 1997, 237; Ramsay 1998, p. 229.

interessadas.[137] A legislação pode, pois, favorecer uma distribuição eficiente de recursos limitando as situações de aproveitamento da assimetria de poder.

1863a. Nota da tradutora A legislação do anonimato brasileira, a par de definir acionista controlador, lhe impõe deveres para com os demais acio nistas, assim como trabalhadores e a comunidade em que a sociedade atua (art. 117 da Lei nº 6.404/1976), o que denota explícito reconhecimento, já naquela época, da importância de se fiscalizar o exercício do poder. Note-se, ainda, que a lei brasileira não requer a titularidade da maioria das ações ordinárias representativas do capital social. A definição do poder de controle (assimetria de poder no texto acima) se manifesta pela eleição da maioria dos administradores e uso do poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (art. 116).

1864 As regras que disciplinam as alterações estatutárias exemplificam bem o uso de normas cogentes no que diz respeito às assimetrias de poder.[138] Ao subscreverem ações os investidores, explicitamente, aceitam ficarem vincu lados ao disposto no estatuto social que enuncia as regras fundamentais que regem a organização e funcionamento da sociedade se não puderem, entre si, se compor.[139] Os investidores podem negociar o preço das ações que espelha sua avaliação das disposições estatutárias. São, igualmente, livres para não se associarem à companhia. Razoável crer, em consequência disso, que os inves tidores não subscreverão ações de uma anônima se não tiverem interesse em fazê-lo.

1864a. Nota da tradutora No Brasil, a BM&FBovespa – em 2000 –, visando a modelar regras de governança, criou um mercado acionário com regras mais exigentes do que as da legislação societária. Um dos mecanismos para tentar equilibrar as assimetrias de poder e informacionais é a exigência de que todas as ações sejam ordinárias (com direito de voto), requerimento de eleição de conselheiro independente para o Conselho de Administração, entre outras. O resultado dessas política da BM&FBovespa, segundo estudos empíricos, é que as ações de companhias que integram o novo mercado têm valorização superio à de similares que dele não participam.

Veja-se, a propósito, texto recente de Érica Gorga, disponível em: <www. ssrn.com>.

1865 Claro que os estatutos não são imutáveis; podem ser modificados pela assembleia de acionistas após a subscrição das ações. Isso confere ao acio nista majoritário a oportunidade de utilizar sua posição dominante – que se assemelha ao monopólio – para promover seus próprios interesses. Mais

137. Daniels e MacIntosh 1991, 884-885.

138. Ver, por exemplo, Bebchuck 1989h; Bebchuck 1989; Cheffins 1997, p. 237-244; Gordon 1988.

139. Easterbrook e Fischel 1991, p. 15-22.

especialmente, o acionista majoritário poderá propor alterações que o favore çam em detrimento dos acionistas minoritários.

1865a. Nota da tradutora A lei brasileira (arts. 80 e segs.) estabelece requi sitos preliminares para a constituição das anônimas e, no caso de companhias abertas, requer o prévio registro perante a Comissão de Valores Mobiliários. O projeto de estatuto deve ser submetido ao regulador no caso de companhia aberta e aos potenciais investidores/subscritores, em qualquer hipótese. En cerrada a subscrição das ações, é convocada Assembleia Geral de constituição (art. 86) a fim de deliberar sobre a constituição da companhia. Nessa opor tunidade será discutido e aprovado (com modificações ou não) o estatuto social. Como nessa oportunidade todas as ações emitidas pela companhia têm direito de voto, salvo hipótese de um acionista, ou grupo de acionistas, apro var alterações de seu exclusivo interesse, futuras modificações do estatuto social não podem prejudicar acionistas minoritários. Demais disso, além dos direitos essenciais (art. 109) a lei brasileira dá aos acionistas, dissidentes ou ausentes, direito de recesso (art. 137), mecanismo de freios e contrapesos a decisões majoritárias.

1866 A fim de conter o oportunismo de acionistas majoritários, alterações estatutárias estão sujeitas a processo especial destinado a proteger os in teresses dos minoritários. A legislação determina que as alterações sejam aprovadas por maioria de dois terços dos acionistas reunidos em assembleia geral.[140] Disposições semelhantes existem no direito francês, uma vez que os arts. L.225-96 e L.225-107 II do Código de Comércio exigem maioria especial de dois terços dos votos (regra que não pode ser derrogada pelo estatuto so cial) formada por acionistas presentes ou pelos que votam a distância. Essa maioria é substituída por dispositivo específico em certas hipóteses. De um lado, essa maioria de votos se torna maioria de três quartos das ações para a transformação da sociedade anônima em limitada.[141] De outro lado, essa maioria se transforma em unanimidade no caso de aumento de capital por aumento do valor nominal das ações, salvo se não decorrente de capitalização de reservas, benefícios ou prêmios de emissão;[142] ou no caso de transformação de uma sociedade anônima em sociedade em nome coletivo.[143] Além disso, a transformação de uma sociedade anônima em sociedade em comandita sim ples ou por ações; requer *quorum* e maioria da assembleia geral extraordinária, e a anuência de todos os futuros comanditados.[144]

140. Art. 123.101 – 123.106 L.C.Q.; art. 173 L.C.S.A.

141. Art. L. 225-245, alínea 3ª do Código de Comércio.

142. Art. L. 225-127, alínea 3ª do Código de Comércio.

143. Art. L. 225-245, alínea 1ª do Código de Comércio.

144. Art. L. 225-245, alínea 2ª do Código de Comércio.

1866a. Nota da tradutora A lei brasileira dispõe, no art. 121, regras para a convocação de assembleias gerais e no parágrafo único a possibilidade de voto a distância para companhias abertas. A reforma do estatuto social é matéria de competência privativa da assembleia geral (art. 122, I) bem assim a apro vação de transformação, fusão cisão ou incorporação, dissolução e liquidação (art. 122 VIII), bem assim a autorização para pedido de falência (art. 122, IX). Quanto ao *quorum* de deliberação, a regra é de maioria absoluta de vo tos dos acionistas presentes. Tratando-se de reforma estatutária, o art. 135 impõe a presença de dois terços, no mínimo, para a instalação da assembleia em primeira convocação. *Quorum* qualificado está previsto no art. 136, mas a regra aplica-se, apenas, às companhias fechadas. Para companhias abertas, a Comissão de Valores Mobiliários poderá autorizar a instalação de assembleias gerais com *quoruns* menores se houver dispersão da base acionária (art. 136, parágrafo 2º).

1867 Demais disso, a lei confere direito de veto a certas ações cujos direitos sejam diretamente afetados por modificação estatutária.[145] No direito francês a deci são da assembleia geral de acionistas que reduza direitos de uma dada classe de ações só será definitiva [eficaz, NT] depois da aprovação por assembleia especial desses acionistas.[146] As regras de *quorum* e maiorias nas assembleias especiais são as mesmas das assembleias extraordinárias.[147] Para garantir efe tiva proteção aos acionistas minoritários, esse procedimento de alteração es tatutária deve ser imperativo e aplicável a todas as sociedades.

b. Assimetrias informacionais

1868 A troca gera ganhos mutuamente satisfatórios para as partes desde que detenham toda a informação pertinente à operação.[148] Porém, é frequente, que haja disparidades nas informações relacionadas à troca e que uma das partes esteja mais bem informada que a outra. Em termos econômicos diz-se que há, portanto, assimetrias informacionais entre partes.

1869 Preocupa, sob vários aspectos, a existência de assimetrias informacio nais.[149] Por um lado, na medida em que não dispõem de todas as informa ções as partes são incapazes de tomar decisões ótimas, uma vez que não podem calcular, corretamente, os custos e as vantagens das opções ofereci das. Por outro, as partes podem desperdiçar recursos por tentarem abusar da

145. Art. 176 L.C.S.A. Conforme o art. 49 da L.C.Q. o direito de veto é subordinado a procedi mento judicial

146. Art. L. 225-99, alínea 2ª do Código de Comércio.

147. Art. L. 225-99, alíneas 3ª e 4ª do Código de Comércio.

148.

149. Ver o Capítulo 5 sobre Contratos e Trebilcock 1993, p. 102-127.

ignorância dos outros. No contexto do direito das sociedades anônimas, as assimetrias informacionais existem tanto na formação do contrato quanto na sua execução.

1870 No momento da formação do contrato, pode ocorrer que uma das partes esteja menos bem informada do que a outra a respeito da operação. Há exem plos de assimetrias informacionais entre investidores e administradores de sociedade emissora de títulos.[150] De regra os administradores são mais bem informados que os investidores do valor do ativo da sociedade, do rendimen to esperado dos investimentos projetados, assim como de sua honestidade e competência. Em função de tais assimetrias informacionais, os investidores enfrentam dificuldades para avaliar a qualidade da sociedade emissora.[151]

1871 Da mesma forma é possível que assimetrias informacionais existam na execução de contratos. Decorrem das dificuldades que as partes têm de obser var suas respectivas prestações. As assimetrias informacionais permitem que o oportunista se desvie do comportamento acordado para buscar benefícios.

1872 Esta segunda manifestação de assimetrias informacionais aparece, nas sociedades por ações, notadamente nas relações entre acionistas e adminis tradores.[152] Ver-se-á adiante, em detalhe, que os administradores podem tirar proveito das assimetrias informacionais gerindo a sociedade em seu provei to, onerando o controle de seus comportamentos pelos acionistas.[153] Como exemplo, podem buscar maximizar as vantagens pecuniárias (elevada remu neração) ou mediante outras vantagens (automóvel de luxo, viagens, sede luxuosa...) que obtêm da sociedade em detrimento dos acionistas. Para conter o oportunismo dos administradores, o legislador de Québec impõe normas imperativas de conduta que exigem que os últimos atuem com prudência e diligência, lealdade e boa-fé no exercício de suas funções.[154] De forma similar, embora tais deveres não sejam expressamente mencionados na regulação, a jurisprudência e a doutrina francesas concordam em reconhecer que os admi nistradores devem exercer suas funções com diligência e boa-fé.[155] Têm dever de lealdade para com os associados,[156] dever que os magistrados analisam com rigor.[157]

150. Myers e Majluf 1984; Leland e Pyle 1977.

151. Ver Rousseau 2000.

152. Eisenhardt 1989.

153. A literatura sobre oportunismo dos administradores é grande. Ver os textos clássicos de Fama 1980; Fama, Jensen 1983; Fama, Jensen 1983e; Jensen, Meckling 1976.

154. Arts. 321, 322 C.c.Q.; art. 122 L.C.S.A. Rousseau, 2005.

155. Escolástica 1998.

156. Ver a jurisprudência e bibliografia citadas na obra do professor Merle: Merle, 2003, p. 438, notas 2 e segs.

157. Merle 2003, p. 438, n. 388.

c. Efeitos externos negativos

1873 Terceiro gênero de falha de mercado que pode justificar o recurso a nor mas imperativas é a existência de efeitos negativos externos. De modo geral, efeitos negativos externos são produzidos quando uma empresa pode se dedi car a uma atividade sem assumir todos os custos a ela associados.[158] Em ou tros termos, a atividade considerada impõe a outros os custos que deveriam ser suportados pela empresa. A poluição constitui caso clássico de efeitos negativos externos. Por exemplo, o proprietário de uma atividade de conserto de automóveis obriga seus vizinhos a suportar toda uma gama de ruídos e odores sem lhes pagar qualquer indenização.

1874 A existência de efeitos externos pode ser fundamento para certas dis posições imperativas.[159] Se uma sociedade se envolve em atividades que im põem custos a terceiros sem compensá-los, as normas supletivas têm pouca utilidade uma vez que os membros da sociedade escolherão afastá-la. Normas imperativas seriam, pois, indicadas a fim de obrigar os membros de sociedade
– cujas atividades gerem efeitos externos negativos – a assumirem os custos que imporiam aos terceiros. Como visto no capítulo dedicado aos contratos, não se deve recorrer a normas imperativas senão quando as partes não conse guem resolver seus problemas de custos externos por meio da negociação, ou não podem fazê-lo salvo a custos que superam os da legislação para o conjun to de partes em situação semelhante.

1874a. Nota da tradutora Ainda que se aceite que o legislador brasileiro de 1976 não se ativesse às questões relacionadas às assimetrias informacionais e a externalidades negativas, as regras aplicáveis aos administradores – seja na indicação, seja na avaliação de suas decisões – seguem os preceitos quando a lealdade, probidade e conflitos de interesses. Da mesma forma a exigência de publicação de demonstrações financeiras das anônimas e, no caso de com panhias abertas, a de serem auditadas (veja-se o caso de revezamento de au ditores), bem assim de parecer dos membros do Conselho de Administração e Fiscal, se houver, prestam-se a reduzir as assimetrias informacionais. Nem se alegue que a modelagem técnica das demonstrações contábeis dificulta sua análise, pois é sempre possível ao leigo consultar o especialista.

I I – E S T R U T U R A E G O V E R N A N Ç A D A S S O C I E D A D E S

1875 Conflitos de agência impedem a sociedade de alcançar o objetivo de ma ximização do valor. Se não forem controlados, podem engendrar relevantes

158. Sobre os efeitos externos negativos, ver Cheffins 1997, p. 138 e também o Capítulo sobre o teorema de Coase.

159. Cheffins 1997; Easterbrook, Fischel 1991, p. 22-25.

consequências negativas para a sociedade, consequências essas que impacta rão seu crescimento e desenvolvimento. No que diz respeito aos conflitos que afetam os acionistas, investidores racionais antecipam esse risco de abuso e o incorporam a suas decisões de investimento. Poderão, por exemplo, exigir um prêmio para investir nas sociedades, o que aumentará o custo de capital, ou escolher outras formas de investimento voltando-se para a viabilidade do mercado como um todo. Conflitos relativos a outras partes têm consequências dado que podem levar a decisões que venham a impor sérios custos sociais.

1876 Os custos de agência se refletem na *governança da empresa.* O termo re mete aos mecanismos de funcionamento, controle e responsabilização que regem a tomada de decisões nas sociedades.[160] O objetivo da governança da empresa é favorecer a maximização de seu valor no interesse dos acionistas e de todas as partes envolvidas com a sociedade.[161] Sua finalidade é atenuar os conflitos de agência abaixo identificados.

1877 Os instrumentos de governança são normas jurídicas e pré-jurídicas. Po dem ser agrupados em duas categorias, conforme as fontes. De um lado ficam os instrumentos cuja fonte está no nível da organização interna da sociedade. De outro, os provenientes de fontes externas.

Seção **1**

Instrumentos internos de governança

1. Conselho de administração

a. *As funções do conselho de administração*

1878 De acordo com a legislação societária, seja ela a canadense ou a francesa, os administradores gerem tanto os negócios comerciais quanto os internos da socie dade, em que fiscalizam a gestão. Essa atribuição legal identifica as duas funções centrais de governança do conselho, a saber, a administrativa e a de fiscalização.[162]

1879 A função de fiscalização está estreitamente ligada à teoria de agência, segun do a qual é função primordial do conselho de administração fiscalizar os admi nistradores a fim de impedir seu oportunismo.[163] O conselho de administração

160. Charreaux 1997.

161. OCDE 2004.

162. Ver Johnston, Daily e Ellstrand 1996.

163. Fama 1980; Fama e Jensen 1983.

dispõe de dois principais meios para exercer essa função de controle dos ad ministradores.[164] Pode fazer uso do poder hierárquico, o que permite nomear e destituir diretores encarregados da administração dos negócios ordinários da sociedade. O poder de destituição assenta a autoridade do conselho de ad ministração frente aos diretores permitindo que sejam punidos se adotarem comportamento oportunista. O conselho de administração tem o poder para fixar a remuneração dos administradores.[165] Com tal poder, o conselho pode elaborar regimes de remuneração que criem incentivos, sob a forma de prêmios ou opções de compra de ações, destinados a alinhar os interesses dos adminis tradores aos dos acionistas, atenuando, dessa forma, os conflitos de agência.

1880 A função administrativa acentua a contribuição do conselho de admi nistração no que diz respeito à produção mais do que sobre a disciplina dos diretores.[166] É reconhecida pela legislação que prevê que o conselho de admi nistração possa gerir os negócios da sociedade. A função administrativa tem duas grandes dimensões: a relacional e a de serviços.

1881 A dimensão relacional decorre da observação de que as sociedades atuam em ambiente complexo no qual interagem várias partes (*stakeholders*) como, por exemplo, acionistas, credores e empregados. Cada uma delas tenta in fluenciar as decisões da sociedade servindo-se, para tanto, de recursos que ela oferece como alavanca. Tenta tornar-se a coalizão dominante para controlar a tomada de decisões relativamente a alguns aspectos dos negócios da socieda de que lhe interessam.

1882 O conselho de administração tem a função de reduzir a vulnerabilidade da sociedade às pressões das partes interessadas, pressões essas que podem, em algum momento, comprometer sua viabilidade. O conselho exerce sua função atuando como interface entre a sociedade e as partes interessadas. Mais especificamente, permite que sejam encaminhados alertas e conselhos aos dirigentes, bem como informação pertinente ao seu ambiente e à concor rência. O conselho de administração serve, ainda, para facilitar e preservar o acesso aos bens tangíveis e intangíveis de que a sociedade necessita para

164. Charreaux 1997, p. 152-159.

165. Há na França projeto de lei visando a reduzir as prerrogativas do conselho de administração com relação à fixação da remuneração dos diretores. Mais precisamente, o art. 7 da lei, em favor do trabalho, do emprego e do poder de compra, propõe maior transparência e enquadramento mais restrito dos "paraquedas dourados" [benefícios conferidos a administradores na resolução do contrato em caso de fusão, aquisição ou incorporação, NT]. De um lado, os critérios de remu neração diferentes deverão estar relacionados com a *performance*. De outro, o dispositivo da lei de modernização da economia, de 26 de julho de 2005, é reforçado no que concerne à submissão de convenções sobre remuneração diferida, na medida em que regulamentadas, à aprovação da as sembleia geral determinando que essa aprovação dará lugar a uma resolução separada das outras e submetendo-as novamente aos acionistas em caso de renovação do mandato.

166. Excelente revisão da literatura encontra-se em Johnston, Daily, Ellstrand 1996; Zhara e Pearce 1989.

exercer suas atividades, diminuindo-se, dessa forma, a incerteza da explora ção. Por derradeiro, o conselho de administração confere legitimidade à so ciedade em relação às diversas partes interessadas. Em suma, de acordo com essa dimensão, o conselho de administração tem como função estabelecer uma ponte entre as partes interessadas para facilitar a obtenção e preservação dos recursos necessários às atividades da sociedade.

1882a. Nota da tradutora No direito brasileiro, art. 138 da Lei nº 6.404/ 1976, a administração das companhias compete ao conselho de administração e à diretoria ou apenas à diretoria, conforme previsão estatutária. Entretanto, o parágrafo 2º impõe o conselho de administração para companhias abertas e de capital autorizado. A lei prevê, ainda, que, sendo a administração dual, as competências são indelegáveis. Exceção à regra de uma ação ordinária um voto, para a eleição de membros do conselho de administração, acionistas representando, no mínimo, 10% do capital social com direito de voto podem requerer a adoção de voto múltiplo. A justificativa para essa exceção é a pos sibilidade de os minoritários elegerem um dos membros do colegiado. No que tange à competência do conselho de administração, veja-se o art. 142 da lei das companhias. Possivelmente a mais relevante seja a prevista no inciso I – fixar a orientação geral dos negócios da companhia. A competência para eleger e destituir diretores vem determinada no inciso II e no inciso III o "dever" de fiscalizar a gestão ordinária da companhia. Quanto à remuneração dos administradores, a competência é atribuída à assembleia geral (art. 152).

1883 Quanto à função administrativa, faz-se referência aos serviços prestados pelos conselheiros como alertas e conselhos ao principal executivo da socie dade (*chief executive officer*, CEO).[167] Especificamente, determina a participa ção do conselho em diversas decisões relativas aos negócios da sociedade. Como exemplo, o conselho de administração pode participar da elaboração da missão e objetivos da sociedade. Pode contribuir para estabelecer as linhas que direcionam o desenvolvimento e a estratégia a ser adotada. Pode atuar na identificação das oportunidades e riscos de negócios. Enfim, o conselho de administração pode ser convidado, ocasionalmente, a assumir a responsabili dade de decisão estratégica em caso de aquisição ou de fusão importante.

1883a. Nota da tradutora No direito brasileiro as decisões de fusão, in corporação ou cisão da sociedade são de competência da assembleia geral extraordinária, exigindo-se *quorum* qualificado (art. 136, IV e IX, respectiva mente); da mesma forma a decisão quanto à participação em grupo de socie dades (inciso V). Para companhias abertas de base acionária dispersa, a CVM pode autorizar a redução do *quorum* (art. 136, parágrafo 2º)

1884 Intriga a prestação de "serviços" pelo conselho de administração aos di retores. Afinal, os diretores poderiam, muito bem, obter tais serviços jun to a consultores e profissionais externos. Portanto, é preciso pensar que a

167. Fisch 1997; Judge e Zeithaml 1992; Langevoort 2001, 802-804.

contribuição do conselho de administração ultrapassa a simples prestação de serviços aos diretores:[168] na medida em que participa da função adminis trativa, o conselho de administração contribui para atenuar eventuais vieses cognitivos dos diretores. Essas premissas foram apontadas pela psicologia cognitiva que sugere que os diretores, por si sós, poderiam desenvolver con cepções viesadas da posição estratégica da empresa.[169] Mais, poderiam se basear em desmesurada autoconfiança, o que diminuiria seu senso crítico. Ao prestar serviços de natureza administrativa o conselho de administração desarma esses prejulgamentos porque, ao fiscalizar a ação dos diretores que devem expor suas posições, permite confrontá-las com as das pessoas exter nas à diretoria. O conselho cria, assim, um fórum decisório paliativo para a racionalidade limitada relativamente aos limites cognitivos que viesam o processo decisório das pessoas na busca pela "melhor" solução.[170] A raciona lidade limitada torna-se preocupante quando as decisões têm elevado nível de complexidade e incerteza. No campo da racionalidade limitada, a pessoa que decide individualmente experimenta a dificuldade de elaborar uma solução detalhada para o problema ou para determinar o resultado de tal solução. A tomada de decisão coletiva constitui paliativo para esses problemas facilitan do a soma de contribuições de pessoas que têm conhecimentos, experiências, competências e interesses variados. Assim, uma das razões de ser do conselho de administração é responder ao problema da racionalidade limitada.[171]

1884a. Nota da tradutora O Conselho de Administração, na Lei nº 6.404/ 1976, de existência obrigatória nas companhias abertas e de capital autoriza do, segundo a doutrina, visava a facilitar a tomada de decisões ao repartir a competência da assembleia geral de acionistas com outro colegiado, o que, no caso de companhias de larga dispersão da base acionária, facilitaria a tomada de decisões, sem a necessidade de, a cada momento, convocar-se a assembleia geral. O art. 139 da lei prevê, ainda, a possibilidade de participação de repre sentante de empregados (aos moldes da lei alemã), com o que ao menos uma categoria de *stakeholder* tem voz nesse colegiado.

***b.** A composição e estrutura do conselho de administração*

1885 O bom funcionamento do conselho de administração no exercício das funções fiscalizatória e administrativa decorre de certos atributos relaciona dos à sua composição e estrutura.

168. Langevoort 2001, 802-803.

169. Langevoort oferece sumário excelente dos vieses cognitivos dos diretores em Langevoort 1997. Ver, também, Langevoort 1998; Sunstein 1997. Genericamente, ver Tversky e Kahneman 1981, e o capítulo sobre pessoas que decidem.

170. Ver Parte I, Capítulo I.

171. Bainbridge, 2002, p. 210.

1886 O conselho deve ser composto, portanto, de membros que tenham po der para responsabilizar diretores. Ao longo dos últimos anos isso se traduz pelo conceito de independência dos administradores. Convém lembrar que o conselho de administração de sociedade aberta, habitualmente, tem admi nistradores internos, que integram a diretoria, e administradores externos. Difícil que os administradores internos cumpram a função de fiscalizar, pois isso equivaleria a uma autoavaliação objetiva de sua atuação e dos resultados alcançados (*performance*). Mais, os administradores internos podem relutar ou sentir-se incomodados em criticar superior em virtude da influência deste em sua carreira. Dessa perspectiva, apenas administradores externos podem, com isenção, fiscalizar a diretoria.[172]

1887 A capacidade dos administradores externos para exercerem tal função depende, entretanto, de duas condições essenciais. É preciso que o número de administradores externos seja elevado para contrabalançar os diretores e reduzir sua influência. Em segundo lugar, é primordial que os administra dores externos sejam independentes dos diretores. As exigências legais sob esse aspecto eram, tradicionalmente, no Canadá, poucas. A legislação exigia que o conselho de administração tivesse, ao menos, três membros externos. A classificação de "externo" de membro do conselho de administração pro vinha da definição da *lei canadense das sociedades por ações* e da *lei sobre valores mobiliários.*[173] De acordo com essa definição, considera-se administrador "ex terno" qualquer pessoa que não seja diretor ou empregado da sociedade ou sociedades do seu grupo. A utilização dessa definição permite a indicação de pessoas que não estariam isentas de qualquer prejulgamento, relacionamento ou parcialidade em relação aos diretores. Antigos diretores ou empregados da companhia, por exemplo, assim como fornecedores e clientes poderiam ser considerados administradores "externos" segundo a definição, sem que fossem, efetivamente, independentes da diretoria. Para garantir efetiva fis calização dos diretores, as exigências legais em matéria de independência foram revistas. Atualmente a regulação dos valores mobiliários, no Canadá, recomenda que o conselho de administração seja composto por maioria de conselheiros independentes.[174] Em compensação, o conselho fiscal deve ser composto, tão somente, por pessoas independentes.[175] A definição considera que o administrador é independente se não tem relação importante com o

172. O direito francês das sociedades cotadas (abertas) ignora a noção de "administradores ex ternos" ou de "administrador independente". A condição essencial para ser membro do conselho de administração de uma sociedade francesa é ser acionista da mesma (art. L.225-25, alínea 1ª do Código de Comércio.

173. Art. 102 (2) L.C.S.A.; art. 15 (5.2) L.V.M.

174. Arts. 2.1 e 3.2, *Instrução geral 58-201 relativa à governança*.

175. Art. 3.1, *Regulamento* 52-110 *a respeito do comitê de verificação.*

emitente.[176] Considera-se relação importante aquela em que, segundo enten dimento do conselho de administração, poderia, razoavelmente, dificultar o exercício do julgamento independente da administração.

1888 Na França, o relatório sobre a *modernização do direito das sociedades* (deno minado *relatório Marini*), tornado público em 10 de setembro de 1996, sugeria nomear administradores independentes, ou seja, pessoas sem qualquer re lação seja com a sociedade, seu grupo ou sua administração, que pudessem comprometer o exercício da liberdade de análise (julgamento).[177] Também o *relatório Bouton,* de setembro de 2002, considerou desejável que cada conselho de administração de sociedade aberta de capital disperso, sem acionista con trolador, tivesse, ao menos, metade de conselheiros independentes. A AMF estimulou as sociedades que recorrem à poupança pública a aderir a tais rela tórios que foram agregados em documento único: "A governança de empresas das sociedades cotadas."[178] Apesar de sua presença nos conselhos, é preciso constatar que o administrador independente se mantém totalmente ignorado pela lei francesa.

1889 Em relação a essa situação nacional, as disposições comunitárias se mos tram mais largas no que se refere ao administrador independente. Com efeito, a Comissão Europeia, em recomendação de 21 de maio de 2003,[179] considera que a prevenção de conflitos de interesse na administração da empresa é ma téria importante e, diante disso, os administradores independentes são vistos como elemento central para evitar riscos de conflitos. Em seguida, a Comissão emitiu recomendação, em 15 de fevereiro de 2005, concernente ao papel dos administradores não executivos,[180] da qual podem-se destacar algumas grandes linhas. Em primeiro lugar, essa Recomendação de 2005 define a independência dos administradores como: um administrador é considerado independente se li vre de qualquer ligação profissional, familiar ou outra, em face da empresa, dos acionistas controladores, da administração, que possam gerar conflito de inte resse e comprometer sua liberdade de julgamento.[181] Mais, a Recomendação traz

176. Art. 1.4 (l) a), *Regulamento* 52-110 *sobre o comitê de verificação*; Industrie Canada 2004, p. 13-15.

177. Escolástica 2005, p. 34.

178. Sobre administrador independente, ver art. 8 do documento único.

179. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento europeu sobre a Modernização do direito das sociedades e reforço da governança da empresa na União Europeia: um plano para avançar, 21 maio 2003, COM (2003) 284 final. Disponível em: <http://eur-fex.empr.ev/LexUriS erv/site/fr/com/2003-0284fe01.pdf>.

180. Recomendação da Comissão concernente ao papel dos administrares não executivos e dos membros do conselho fiscal das sociedades cotadas e dos comitês do conselho de administra ção ou fiscal, 15 fev. 2005. Disponível: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2005/1_ 05220050225fr00510063.pdf>. (JOCE L. 52, 25 de fevereiro de 2005, p. 51).

181. Apesar da aparente simplicidade, a Comissão constata que a definição de independência varia nos países europeus: definição sem detalhe de critérios, definição acompanhada de critério muito

relação não exaustiva de situações que envolvem riscos para a independência do administrador, e torna o Conselho de administração ou de fiscalização o único órgão com poder para definir o que é independência. Em segundo lugar, quan do se propõe a indicação de um administrador independente, a sociedade deve informar se considera a pessoa independente e, se nomear pessoa que não pre enche os requisitos de independência em nível nacional, deve explicar as razões pelas quais considera tal pessoa independente. Em terceiro lugar, a Comissão se manifesta em relação ao perfil dos administradores indicando que o conselho de administração deve ser composto por membros que, no conjunto, tenham conhe cimentos, capacidade de julgamento e experiência necessários ao bom exercício das funções, e que cada administrador deve dedicar a suas funções o tempo e a atenção requeridos para poder desempenhar corretamente suas tarefas. Por der radeiro, a Comissão não fixa cotas ou números precisos quanto ao número de ad ministradores independentes, mas considera que o órgão de administração e os órgãos de fiscalização devem ter "proporção justa" (art. 3.1) de administradores independentes de molde a garantir tratamento apropriado de qualquer conflito de interesses importante e a exercer, com efetividade, sua função.

1889a. Nota da tradutora O direito brasileiro do anonimato, em 1976, combinava regras de direito alemão com uma certa prática do direito nor te-americano, de sorte que a eleição de membros para compor o conselho de administração, a par da sua independência, embora se exija sejam acio nistas, admitia a participação de diretores, bem assim de representante dos empregados nesse colegiado. No caso de representantes de empregados, não cabe exigir a titularidade de ações. A ênfase da legislação, porém, privilegia va a independência dos conselheiros que respondem, individualmente, pelos danos causados à sociedade em função de suas decisões. A única forma de evitar a imputação é o voto contrário. Entretanto, em 2001, a Lei nº 10.303 trouxe inovação indesejável, qual seja, a vinculação do voto do conselheiro aos termos de acordo de acionistas, quando sua eleição decorresse do voto desse grupo. Quanto a empresas públicas e sociedades de economia mista, a participação de membro dos empregados no conselho de administração é regida pela Lei nº 12.353/2010.

1890 A estrutura do conselho de administração também influi sobre na quali dade do exercício de suas funções de fiscalização e administração. A legislação canadense das sociedades tem poucas exigências específicas relativas à es trutura do conselho de administração. Fonte das exigências, provavelmente, prende-se ao direito de valores mobiliários nas normas que regem a presidên cia e os comitês de fiscalização da administração.

gerais, definição com retomada de critérios modelados pela Comissão na Recomendação de 2005 (do cumento de trabalho do pessoal da Comissão. "Relatório sobre a aplicação pelos Estados Membros da EU da Comissão de Recomendação sobre o papel não executivo ou supervisor de diretores de compa nhias listadas e de comitês (de supervisão)", 13 jul. 2007, SEC(2007) 1021. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/independence/sec20071022_en.pdf>. esp. p. 7.

1890a. Nota da tradutora No Brasil, a lei determina o número mínimo de membros do conselho que serão três, podendo o estatuto elevar o número de conselheiros.

1891 Quanto à presidência, as práticas canadenses e europeias recomendam se parar os cargos de presidente e diretor presidente.[182] Por quê? A liderança no conselho de administração cabe, habitualmente, ao presidente. Tradicionalmen te o cargo de presidente do conselho costuma ser ocupado pelo diretor-presiden te. Entretanto, as responsabilidades associadas aos cargos de diretor-presidente e presidente do conselho de administração são de difícil conciliação, como re conhecem os comitês de reforma da governança da empresa.[183] O presidente gerencia o conselho de administração, cujo mandato consiste, entre outras atri buições, em supervisionar a gestão dos negócios da sociedade e se contrapor à diretoria executiva. Essa função pressupõe, notadamente, a eleição, destituição e remuneração dos diretores. O diretor presidente, por sua vez, tem a respon sabilidade de administrar os negócios ordinários da sociedade. O acúmulo de cargos pela mesma pessoa pode levar a situação de conflito de interesses que venha a prejudicar a função de fiscalização do conselho de administração.

1891a. Nota da tradutora Tal restrição inexiste no direito brasileiro.

1892 Quanto à diretoria,[184] a atual legislação canadense rompe com a aborda gem permissiva anterior ao impor exigências claras relativas à auditoria.[185] Tradicionalmente, o conselho de administração dispunha de larga margem

182. Art. 3.2, *Instrução geral 58-201 relativa à governança*. Documento do grupo de trabalho da Comis são de Recomendação, “Relatório sobre a aplicação pelos Estados Membros da EU da Comissão de Recomendação sobre o papel de diretores não executivos ou supervisores de companhias listadas e comitês de diretoria (supervisora), 13 jul. 2007, SEC(2007) 1021. Disponível em: <http://ex.eu ropa.eu/internal_market/company/docs/independence/sec20071022_en.pdf>, spéc.p.4). Na linha das reflexões sobre a governança das empresas no plano nacional, a lei francesa de 15 de maio de 2001, sobre as novas regras econômicas, permitiu seja a dissociação entre as funções de presidente do conselho de administração e diretor presidente da sociedade, para manter o acúmulo das funções pela mesma pessoa: o Diretor-Presidente (artigo L.225-51, alíneas 1 e 2 do Código de Comércio).

183. Nesse sentido, ver TSX 1994, p. 41; Comitê Misto 2001, p. 16; Cadbury, 1992, parágrafo 4.9. Ver, também, Minow e Monks 2001, p. 175-176; Leighton e Thain 1992, 32,33.

184. Se a Comissão Europeia, na sua Recomendação de 15 de fevereiro de 2005, se manifesta em favor da instituição de comitês de nomeação, remuneração e auditoria (artigo 5 e anexo I), apenas o comitê de auditoria é obrigatório em virtude da legislação comunitária, depois da intervenção das modificações das diretivas contábeis (quarta, sétima e oitava). O conjunto desses comitês deve ser composto de, no mínimo, três membros, salvo no caso de sociedades em que o conselho de ad ministração ou o fiscal sejam reduzidos. No relatório de julho de 2007, a Comissão constata que a maioria dos países europeus autoriza a criação de tais comitês, mas que a participação de adminis tradores independentes permanece variável (documento do grupo de trabalho da Comissão “Re latório sobre a aplicação pelos Estados Membros da EU da Recomendação da Comissão quanto ao papel de administradores não executivos ou supervisores (fiscais) de companhias listadas e sobre comitês (de supervisão)”, 13 de jul. 2007, SEC(2007) 1021. Disponível em: <http://ex.europa.eu/ internal_market/company/docs/independence/sec20071022_en.pdf>, especialmente. p. 8).

185. Regulamento 52-110 sobre o comitê de verificação.

para a criação de um comitê de verificação à falta de norma legal cogente. A legislação societária se contentava em exigir que as sociedades que fizes sem apelo à poupança popular tivessem um conselho fiscal (de verificação) composto por, ao menos, três administradores, sendo a maioria deles exter nos.[186] As autoridades reguladoras tinham exigências mais estritas, segundo as quais as companhias abertas deveriam ter um conselho fiscal composto de ao menos três membros; cada membro do conselho deve ser administrador independente da emissora[187] e ter aptidões financeiras.[188]

1892a. Nota da tradutora De existência obrigatória em companhias abertas ou de capital autorizado, o conselho de administração tem competência para fixar as diretrizes gerais dos negócios da companhia, eleger e destituir diretores (executivos), cujas ações deve fiscalizar. O art. 142 da lei do anonimato dispõe sobre a competência do conselho de administração. A auditoria é, igualmente, obrigatória para companhias abertas. Nesse caso, de supor que o legislador visasse a estimular a veracidade e qualidade das informações contábeis.

1893 A independência dos membros do conselho fiscal é necessária para ga rantir avaliação objetiva da justeza das práticas dos diretores em matéria de contábil e divulgação de informação. Igualmente, dada a complexidade dos sistemas contábeis e de informação financeira, é primordial que os membros do conselho fiscal tenham aptidões mínimas nesses campos para, ao menos, lerem e compreenderem os principais dados financeiros.[189]

1894 A França mantém, relativamente ao comitê de auditoria, abordagem mais flexível que a da legislação canadense. Conquanto nos casos *Viénot I* e *Bou-ton* haja manifestação a respeito do comitê de auditoria[190] e que a todas as sociedades do CAC 40 tenham esse colegiado, a regulamentação não prevê

186. Ver, por exemplo, art. 117 L.C.S.A.

187. Art. 3.1, *Regulamento 52-110 sobre o comitê de verificação.* Tal como previsto no dispositivo euro peu, o comitê de auditoria deve ser composto, exclusivamente, por administradores independentes ou membros do conselho fiscal. A maioria dos seus membros deve ser independente (Anexo da Recomendação de fevereiro de 2005). Entretanto, a Comissão constata que, na realidade, não há qualquer recomendação em número considerável de países europeus quanto à presença de mem bros independentes em um comitê de auditoria (Recomendação do grupo de trabalho da Comissão sobre o papel de membros não executivos ou de supervisão em companhias listadas e nos comitês (de supervisão) da diretoria, 13 jul. 2007, SEC(2007) 1021. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/independence/sec20071022_en.pdf>, especialmente p. 8.

188. Art. 3.1 do *Regulamento 52-110, sobre o comitê de verificação*. Em seu Anexo I da Recomendaçao de 15 de fevereiro de 2005, a Comissão requer que os membros devem ser qualificados e que os novos membros devem seguir programa pertinente de formação continuada.

189. Abbott, Parker, Peters 2002.

190. *O relatório Viénot I* visava ao desenvolvimento de comitês de auditoria ou de remuneração, tendo como função apreciar a confiabilidade dos procedimentos que concorressem para as contas assim como a validade das posições adotadas para tratar de operações significativas. *O relatório Bouton* insiste quanto à composição desse comitê determinando que deve ser composto por dois

qualquer disposição específica sobre a matéria. Apenas o artigo R.225-29 do Código de Comércio trata dessa prática, dispondo que o conselho de adminis tração pode atribuir a um ou mais de seus membros ou a terceiros, acionistas ou não, poderes especiais para um ou mais temas determinados, podendo decidir sobre a criação de comitês encarregados de estudar questões que o conselho, ou seu presidente, lhes submeta para analisar e opinar.[191]

2. DIREITO DE VOTO

a. *A participação dos acionistas no processo decisório*

1895 De acordo com o direito societário canadense, cada ação confere o direito de voto a seu titular, salvo disposição estatutária em contrário.[192] A França tem sistema análogo ao existente no Canadá. Se o direito de voto continua a ser um dos direitos individuais mais importantes do acionista,[193] é possível derrogá-lo seja pela supressão, seja pela renúncia mediante reconhecimento da validade de convenções de voto em certas hipóteses.

1896 O direito de voto dá aos acionistas poderes sobre as decisões importan tes.[194] Por meio do direito de voto, os acionistas elegem os administradores, o que lhes permite escolher pessoas que lhes pareçam mais aptas para ma ximizar o valor da sociedade.[195] Mais, os acionistas podem utilizar o direito de voto para disciplinar os administradores ao destitui-los se não desempe nharem suas funções de modo satisfatório.[196] Além disso, graças ao direito de voto os acionistas elegem auditores para a sociedade, que, nessa atividade, asseguram a veracidade e integridade da informação financeira divulgada.[197]

terços de administradores independentes e não incluir qualquer mandatário social além de seus administradores.

191. O conselho de administração fixa a composição e as atribuições dos comitês que exercem atividades sob sua responsabilidade.

192. Art. 140 L.C.S.A.; arts. 123.40, 123.41 L.C.Q.

193. Com. 9 de fevereiro de 1999, *JCP* E 1999, 724

194. O papel do direito de voto é lembrado na *Diretiva europeia de 4 de junho de 2007 sobre o reforço dos direitos dos acionistas das sociedades cotadas*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/dir/draft_dir_fr.pdf>. Ver Tchotourian 2007, p. 1716.

195. Art. 88 L.C.Q.; art. 106(3) L.C.S.A. No direito francês: artigos L.225-18 do Código de Comér cio (para administradores) e L.225-75 (para membros do conselho fiscal). Nas disposições france sas, os membros da diretoria são nomeados não pelos acionistas mas pelos membros do conselho fiscal (artigo L.225-59, alínea 1ª Do Código de Comércio).

196. Artigos L.225-18, alínea 2 (para administradores) e L.225-5, alínea 2 (para membros do con selho fiscal) do Código de Comércio.

197. Na constituição de uma sociedade, na França, os membros do conselho fiscal são designa dos nos estatutos. Ao longo da vida da sociedade, podem ser indicados pela assembleia geral por

1897 De outra forma, o direito de voto permite que os acionistas se manifes tem sobre as operações que afetam a estrutura da sociedade e, dessa forma, podem proteger seus direitos e interesses.[198] Especialmente, os acionistas de vem aprovar "mudanças relevantes". O conceito de *mudança relevante* se refere a um conjunto de modificações à constituição da sociedade, entre as quais as relativas ao estatuto social, sua fusão com outra sociedade ou alteração da lei de regência.

1897a. Nota da tradutora A lei brasileira, em 1976, admitia que apenas 1/3 das ações tivesse direito de voto, facultando a criação de ações preferen ciais com voto restrito. A Lei nº 10.303/2001 alterou a proporção entre ações ordinárias (ou comuns) e preferenciais de 1/3 para 1/2 ou 50%. Lembra-se, por oportuno, que as companhias que optarem por negociar as ações de sua emissão no novo mercado da BM&F-Bovespa, em qualquer de seus níveis, não poderão ter ações sem direito de voto. Também cabe notar que o superado debate doutrinário à época das privatizações, na década de 1990, questionava a legalidade das *golden shares,* esquecendo-se alguns que era, já em 1976, ad mitida a emissão de ações com essa característica, voto que na verdade é um poder de veto.

1898 No direito federal do Canadá, assim como no direito francês, o reforço no procedimento de aprovação dessas alterações evidencia o peso que têm na vida da sociedade.[199] Quando uma sociedade pretende fazer alguma alteração importante, o conselho de administração deve submeter proposta específica que a contemple a uma assembleia extraordinária de acionistas, devendo ser aprovada por dois terços dos votos. Se a alteração afetar direitos das ações, os acionistas de cada espécie ou classe de ações que sejam afetadas têm direito de veto, ou direito de votar separadamente a matéria que deve ser aprovada por maioria qualificada de dois terços *enquanto categoria (classe ou espécie)*. A alteração relevante deverá, portanto, ser aprovada por assembleia especial dos titulares das ações afetadas que têm o benefício do direito de veto. Se a mo dificação proposta afetar direitos de várias categorias de ações, *cada categoria* afetada votará separadamente e deverá aprovar a proposta por dois terços dos votos. Para fins desses votos por categorias, ações sem direito de voto tor nam-se ações votantes.

1899 A legislação de Québec não tem regime especial de voto por categoria como a legislação federal para proteger os acionistas minoritários no caso de

projeto de resolução emanado do conselho de administração ou do conselho fiscal (artigo L.225-228, alínea 1ª do Código de Comércio.

198. Arts. 123.101 e segs. L.C.Q.; arts. 173 e segs., L.C.S.A. Na França, apenas a assembleia geral extraordinária pode alterar os estatutos sociais, toda cláusula contrária é considerada não escrita (artigo L. 225-96, alínea 1ª do Código de Comércio).

199. Art. 173 e segs. L.C.S.A. Na França, ver arts. L. 225-96, alínea 3, 225-99 e L.225-107 II do Código de Comércio.

mudanças importantes. As mudanças importantes devem ser aprovadas por, apenas, dois terços dos votos dos acionistas presentes na assembleia.[200] A única exceção concerne à operação de fusão, para a qual a L.C.Q. prevê regime de voto obrigatório por categoria, similar à da L.C.S.A.[201]

1900 Excepcionalmente, os acionistas podem se prevalecer do procedimento do "compromisso".[202] Este procedimento se aplica a toda alteração estatutá ria que afete direitos dos acionistas diretamente ligados a uma categoria de ações. Tem como início o recurso de um acionista à Corte Superior requeren do a convocação de uma assembleia de acionistas cujos direitos sejam afeta dos por tal alteração. Nessa assembleia, a pretendida modificação estatutária é submetida à aprovação e deve ser ratificada por três quartos dos votos. Se a operação afetar direitos ou privilégios de várias categorias de ações, deve ser aprovada, por voto separado, por três quartos dos detentores de cada catego ria reunidos em assembleia. Salvo se tiver aprovação unânime dos acionistas afetados, o "compromisso" deve ser validado pelo tribunal. Pode-se consta tar que, se eventualmente oferece tutela especial aos acionistas, esse proce dimento é mais pesado uma vez que implica a intervenção do tribunal. Os acionistas devem, portanto, estar preparados para incorrer os custos e incon venientes desse procedimento para se beneficiarem de sua proteção. Note-se que a L.C.Q. não prevê direito de recesso para os acionistas dissidentes.

1900a. Nota da tradutora A legislação brasileira, quando se trata de alte ração de vantagens de uma classe de ações, ou da criação de novas ações com direitos que possam de alguma forma afetar as vantagens de outra(s) clas se(s) existente(s), requer a aprovação, pelos titulares das ações que podem ser atingidas, reunidos em assembleia especial. Trata-se de norma cogente sem o que a alteração não será válida nem produzirá efeitos.

b. Ação coletiva dos acionistas

1901 Ainda que a teoria atribua função importante aos acionistas, a eficácia do direito de voto é limitada por alguns problemas práticos. A intervenção dos acionistas para conter o oportunismo dos administradores ou dos controlado res se assemelha ao problema do bem coletivo.[203] Os benefícios que decorrem de tais intervenções aproveitam a todos os acionistas, na proporção de seus investimentos. Nenhum acionista pode ser excluído dessa partilha, mesmo se não tiver contribuído para a intervenção. Não há mecanismo, no direito societário, que permita impedir um acionista de se beneficiar dos resultados

200. Art. 123.101 e segs. L.C.Q.

201. Arts. 123.126, 123.127 L.C.Q..

202. Art. 49, L.C.Q.

203. A respeito da noção de bem coletivo, ver o capítulo a respeito das interações sobre as pessoas. Crête e Rousseau 1997; Black 1991; Rock 1990.

da intervenção de outro acionista impondo-lhe assumir parte dos custos. Por tanto, salvo se os acionistas acordarem, voluntariamente, em contribuir fi nanceiramente para a intervenção, será possível repartir, entre eles, os custos incorridos. Ou seja, o custo é inteiramente assumido pelo acionista que tomar a iniciativa.

1902 À primeira vista, parece lógico que os acionistas não contribuam para o financiamento das intervenções de um deles. Agindo como caronas, recebem parte do benefício da intervenção sem, porém, terem de arcar com os custos. Dessa forma maximizam os benefícios derivados da atuação do outro acionis ta. Da mesma forma evitam assumir as perdas que a intervenção possa gerar ao não produzir os benefícios esperados. Portanto, há que reconhecer que os acionistas, em geral, se comportam como caronas, salvo se sua participação no financiamento de uma intervenção impedir que aufiram benefícios maio res aos que obteriam se não tivessem participado.[204]

1903 A gravidade do problema da ação coletiva varia em função da estrutura acionária. Em sociedades de base dispersa, nenhum acionista obtém benefí cios de uma intervenção suficientes para cobrir os custos. A realização de tais procedimentos não se afigura, pois, interessante do ponto de vista econômico individual. É difícil, nessas sociedades, a repartição dos custos da intervenção entre os acionistas. Necessária formação de um grupo numeroso de acionis tas que possa assumir os custos do procedimento e, ainda assim, obtenha algum benefício. Ou, "quanto mais numeroso for o grupo, menores serão os custos de organização assim como os obstáculos a serem superados".[205] Nesse contexto, parece racional que os acionistas não participem da intervenção e esperem que seja realizada por algum outro acionista.

1903a. Nota da tradutora A ação de responsabilidade tem como autor a companhia (art. 159 da Lei nº 6.404/1976), devendo ser aprovada em assem bleia geral. À falta de propositura da ação pela companhia, decorridos três meses de sua aprovação, qualquer acionista poderá propô-la. Se a assembleia geral não aprovar a propositura da ação, então acionistas representando, no mínimo, 5% do capital social poderão fazê-lo e, neste caso, o legislador pre vê que, em caso de sucesso, a companhia beneficiária do resultado deverá indenizar os acionistas autores, até o limite dos resultados, pelas despesas incorridas, devidamente atualizadas.

1904 Nas sociedades de base concentrada, predominantes no Canadá e na Eu ropa continental, a existência de acionistas controladores na maioria das so ciedades abertas atenua a gravidade do problema da ação coletiva no que diz respeito ao uso do direito de voto para conter abusos dos administradores.[206]

204. Crête e Rousseau 2002, p. 703-704; Dooley 1995, p. 300-301; Olson 1987, p. 22-23.

205. Olson 1987, p 71. Ver Parte I do Capítulo 2.

206. A respeito da concentração acionária no Canadá, ver Rao e Lee, 1995.

Os controladores têm interesse econômico para intervir na administração da sociedade a fim de defenderem seus interesses.[207] Por isso os administradores são submetidos a efetivo controle dos acionistas. A concentração de ações gera, porém, o risco de conflitos entre acionistas. O controlador, com efeito, fica tentado a usar seu poder na sociedade para estimular os administradores a adotarem medidas que o privilegiem em detrimento dos minoritários, os quais enfrentarão o problema da apatia racional tratado.

1905 Qualquer que seja a estrutura acionária, observa-se que tanto o direito societário quanto o de valores mobiliários procuram atenuar o problema da ação coletiva recorrendo a medidas que facilitem a participação dos acionistas na assembleia geral e o exercício do direito de voto. A fim de permitir que os acionistas exerçam o direito de voto de maneira esclarecida, o legislador canadense impõe obrigações de divulgação dos assuntos a serem tratados na assembleia.[208] O direito francês tem regra de informação mais relevante. As informações são fornecidas aos acionistas que as requeiram.[209] Ficam, tam bém, disponíveis aos acionistas algumas informações. Assim é que, partir da data da convocação e ao menos nos 15 dias que precedem a realização da assembleia geral, o acionista ou seu mandatário tem direito de, na sede social ou no local da sede da administração, examinar os documentos objeto de di reito de informação permanente,[210] e dirigidos aos acionistas, os quais serão entregues mediante solicitação.[211]

1905a. Nota da tradutora A lei brasileira determina que, nos 30 dias que antecederem a realização da assembleia geral ordinária, salvo se as demons trações contábeis e financeiras tiverem sido publicadas, os acionistas, me diante solicitação, tenham acesso aos documentos relativos às operações do período, de sorte a que possam se preparar para aprovar ou não as demons trações contábeis e financeiras.

1906 As legislações canadense e francesa para companhias abertas estabele cem, igualmente, regime de procurações que permitem votar por meio de de legação.[212] O regime permite ao acionista dissidente solicitar o teor dos votos declarados para se opor a alguma medida proposta pelos administradores ou para propor mudanças na sociedade. Qualquer que seja uso feito, o regime de procurações impõe a divulgação de informações adicionais aos acionistas de forma a lhes permitir a tomada de decisão esclarecida. Demais disso os acio nistas têm o direito de, sob certas condições, submeter à assembleia anual

207. Daniels e Iacobucci, 2000.

208. Art. 135 L.C.S.A.

209. Arts. R. 225-77, R.225-79 e R. 225-83 do Código de Comércio.

210. Art. L.225-115 do Código de Comércio.

211. Art. R.225-83 do Código de Comércio.

212. Art. 147 L.C.S.A.; art. 81 L.V.M. No direito francês, ver art. R. 225-77 do Código de Comércio.

propostas que devem ser debatidas e submetidas a voto.[213] Tais propostas são indicativas, ainda quando receberem a aprovação de maioria dos acionistas.

1906a. Nota da tradutora A dissidência, no direito brasileiro (art. 137 da Lei nº 6.404/1976), implica voto contrário ao da maioria nas matérias pre vistas no art. 136. A inovação do direito brasileiro é que o pedido de recesso, de declaração unilateral receptícia, é declaração unilateral sujeita a condição, pois permite a convocação de nova assembleia que pode rever a decisão ante rior, hipótese que anula o pedido de retirada.

Seção 2

Os mecanismos de governança externos

1. MECANISMOS DE CONTROLE DE MERCADOS

a. O mercado de bens e serviços

1907 A concorrência entre empresas no mercado de bens e serviços tem como efeito estimular os administradores a maximizarem o valor da sociedade.[214] Em mercados concorrenciais, o sucesso de uma sociedade depende do preço e qualidade do bem ou serviço produzido. Se agem perseguindo estratégias oportunistas, administradores e controladores comprometem a competitivi dade da sociedade influindo negativamente no preço ou qualidade do bem ou serviço. Por exemplo, estratégias que levem à produção de bens defeituosos podem se traduzir em perdas para a sociedade se os consumidores optarem por adquirir bens de concorrentes. Não interessa, a administradores e con troladores, que a sociedade seja suplantada por concorrentes. Isso implica o risco de levar a sociedade à falência. Ora, a sociedade representa a principal fonte de receitas dos administradores a par de ser ativo de considerável valor ou importância para os acionistas controladores. Estes também limitarão seus comportamentos oportunistas a fim de não comprometerem a competitivida de da sociedade.

1908 O efeito disciplinador do mercado de bens e serviços não deve, porém, ser superestimado. De um lado há certas indústrias em que o nível de concor rência é baixo. Nestas, o mercado de bens e serviços pode não exercer pressão

213. Art. 137 L.C.S.A. No direito francês, ver art. L. 225-105 do Código de Comércio.

214. Butler 1989; Hart 1983.

suficiente para impor sanção ao comportamento oportunista dos administra dores. De outro lado, o mecanismo de mercado constitui forma de controle relativamente primitiva: "Desafortunadamente, na medida em que a discipli na do mercado de produtos e serviços acontece, isto se dá, frequentemente, muito tarde para salvar a empresa."[215]

1908a. Nota da tradutora O artigo 116 da lei do anonimato define con trolador (ou controladores, se houver acordo de voto) e o art. 117 prevê a responsabilidade do controlador por danos causados por atos praticados com abuso de poder, assim como relaciona, exemplificativamente, o que se consi dera abuso de poder de voto.

b. *O mercado de trabalho*

1909 O mercado de trabalho exerce dois tipos de pressão contra o oportunis mo.[216] O primeiro decorre da impossibilidade de retorno dos administradores ao mercado. Nesse mercado, a reputação dos administradores é importante na medida em que lhes permite ascender a um posto de direção que lhes garante boa remuneração. A reputação dos administradores é avaliada pelos potenciais empregadores por meio de informações sobre a aptidão e compe tências específicas, estimando, dessa forma, o impacto da atuação perante o último empregador. Podendo retornar ao mercado de trabalho, os adminis tradores têm interesse em preservar sua reputação limitando oportunismos perante os acionistas. O valor disciplinar do mercado de trabalho, contudo, não deve ser superestimado:

> "[O mercado de trabalho] não se aplica ao presidente, pois, em geral, este cargo é ocu pado por quem está no final da carreira. Importa pouco aos demais administradores cuja preocupação principal é responderem às exigências do presidente. Não interessa aos administradores externos dado que esta função é acessória para quem a exerce."[217]

215. Jensen 2000, p. 35: "*Unfortunately, when product and factor market discipline take effect it can often be too late to save much of the enterprise*" (Infelizmente quando o produto e o fator disciplinar de mer cado se manifestam, em geral é muito tarde para salvar a empresa).

216. Fama 1980.

217. Eisenberg 1989, 1495: "*However, it is top managers with whom Corporation law should be and is concerned, and for these actors the market for managers, such as it is, is of limited relevance. That the market is not relevant to the chief executive officer, because he is almost invariably in his final period as a manager. It is of limited relevance to top executives other than the chief executive officer, because their major concern is satisfying the chief executive. It is not relevant to outside directors, because outside directorships are normally sideline activities*" (Entretanto, é com os diretores que a legislação societária deveria estar e está preocupada e para estes atores o mercado de administradores, tal como é, tem pouca importância. Esse mercado não é relevante para o presidente, porque, quase sempre, ele está no final da carrei ra. É pouco importante para os demais diretores além daquele, porque sua maior preocupação é satisfazer o presidente. Não é relevante para os administradores externos porque para eles a função é marginal).

1910 O segundo tipo de pressão disciplinar que deriva do mercado de trabalho decorre da concorrência entre as pessoas dentro da sociedade pelos postos de direção. Essa concorrência engendra um sistema de controle interno recípro co. Dessa forma, para serem promovidos ou evitarem ser denunciados e subs tituídos por um dos aspirantes aos postos, os administradores têm interesse em restringir suas estratégias oportunistas. Nada obstante tal pressão disci plinar seja real, seu efeito sobre o resultado das sociedades continua incerto, pois os estudos empíricos não aclaram o liame entre os riscos de despedida dos administradores e o resultado.[218]

c. O mercado financeiro

1911 O mercado financeiro constitui, segundo muitos, mecanismo fundamen tal para garantir a proteção dos direitos dos acionistas.[219] O efeito disciplina dor do mercado financeiro, porém, depende do nível de financiamento das sociedades. Num mercado eficiente o preço dos títulos reflete, a cada momen to, toda a informação pública disponível sobre a empresa.[220] Nesse mercado, o preço dos títulos contempla os custos de agência resultantes dos conflitos entre administradores e acionistas, bem como o custo dos conflitos entre acionistas. Quanto mais elevados forem os custos de agência de uma socie dade, menores serão os preços de seus títulos. Na medida em que os riscos de estratégias oportunistas dos administradores e acionistas controladores estão integrados no preço dos títulos, não causam perdas aos acionistas, pois estes podem, já, tê-los descontado do preço das ações quando as adquiriram. Portanto, as estratégias oportunistas reduzem o valor da sociedade, sua capa cidade de se financiar, o que pode dar causa a seu declínio. Para evitar causar danos à viabilidade da sociedade, administradores e controladores tenderão a reduzir seus comportamentos oportunistas.

1912 Convém enfatizar que o papel do mercado financeiro, nesse aspecto, é controvertido. Muitos acentuam as assimetrias informacionais entre investi dores e administradores da sociedade emissora de títulos.[221] Geralmente os administradores são mais bem informados quanto ao valor do ativo da socie dade do que os investidores, quanto ao rendimento dos investimentos pro jetados já descontado, assim como à sua probidade e competência. Por força dessas assimetrias informacionais, os investidores enfrentam a dificuldade de integrar os riscos de comportamentos oportunistas dos administradores, no valor dos títulos, o que reduz o impacto disciplinador do mercado financeiro.

218. Eisenberg 1989, 1496. Ver, ainda, Bebchuk 2003; Jensen 2000, p. 37-49.

219. Ver Harris, p. 214-215, para uma síntese.

220. Ver Parte II, Capítulo 8.

221. Myers e Majluf 1984; Leland e Pyle 1977.

1913 O papel do mercado financeiro no controle dos administradores não se limita ao financiamento das sociedades. Tem outra função que se manifesta no mercado de tomada de controle.[222] Na medida em que o preço dos títulos seja baixo em virtude do oportunismo dos administradores, terceiros podem ser estimulados a adquirir o controle da sociedade mediante oferta pública de compra de ações. Os terceiros adquirentes tentarão melhorar o resultado da sociedade substituindo a equipe de administradores por pessoas mais diligen tes. Sob tal perspectiva, o risco de tomada de controle atua como pressão que estimula os administradores a gerir a sociedade de forma ótima e a limitar suas estratégias oportunistas.

1914 A eficiência disciplinar do mercado de tomada de controle é objeto de críticas por comentadores que apontam a limitação da sua área de ação. De um lado, os comportamentos oportunistas dos administradores nem sempre terão impacto suficiente sobre o valor das ações de uma sociedade para tor ná-la alvo potencial da tomada de controle.[223] De outro, o efeito disciplinador das tomadas de controle é mitigado naquelas sociedades cujo controle seja concentrado.[224] O acionista controlador poderá, efetivamente, impedir qual quer tomada hostil de controle pela simples recusa em alienar suas ações diante de uma oferta de compra. O mercado de tomada de controle pode, apenas, exercer pressão limitada sobre o comportamento de administradores e controladores.

2. AMBIENTE JURÍDICO: NORMAS E REGRAS DE CONDUTA

a. Os deveres dos administradores e controladores

1915 Em direito societário, administradores e controladores estão submetidos a deveres de prudência, diligência, lealdade e boa-fé. Sob a ótica estritamen te jurídica, tais deveres decorrem do estatuto do mandatário da sociedade que recai sobre administradores e controladores. Da ótica econômica, esses deveres visam a atenuar os riscos de oportunismo. Controladores e adminis tradores que visem a promover seus próprios interesses em detrimento dos acionistas devem considerar os riscos de infringirem seus deveres. Tal trans gressão poderá ser objeto de ação de responsabilidade, o que aumentará os custos *ex post facto* de comportamentos oportunistas e, respectivamente, dimi nuirá os benefícios deles resultantes. Dessa forma, os deveres que enquadram

222. Manne 1965. Ver Parte II, Capítulo 8.

223. Coffee, 1984, 1203-1204; Herman 1984.

224. Daniels e Iacobucci 2000, p. 83-84.

a conduta dos controladores e administradores influenciam seu interesse em se comportarem de forma oportunista.[225]

1916 No direito societário canadense, a legislação federal impõe aos adminis tradores e controladores o dever de agir com o cuidado, a diligência e a com petência de que, em circunstâncias similares, deverá fazer prova o homem prudente. No caso *Wise*, recentemente julgado, a Suprema Corte do Canadá declarou que tal disposição reflete um dever a ser analisado como norma ob jetiva.[226] Norma objetiva é a da pessoa razoavelmente prudente que tem co nhecimento mínimo e competência na gestão. Não se trata, pois, de norma inteiramente arbitrária, pois a expressão "em condições similares" permite levar em conta elementos factuais do contexto no qual os controladores agem. Sob o ponto de vista econômico, a escolha que privilegia a norma objetiva re duz o risco moral decorrente de norma subjetiva que é tributária das caracte rísticas da pessoa que exercer a função administrativa. Um padrão puramente subjetivo permitiria que os administradores explorassem, em seu beneficio, as assimetrias informacionais relativas a suas características, modelando a norma de conduta em função de seus interesses. Essa visão objetiva restringe a liberdade de ação dos administradores ao lhes retirar o controle sobre a norma de conduta.

1917 Para compreender o dever de prudência e diligência, é preciso ter em mente a regra de avaliação de negócios (*business judgement rule)* elaborada pe los tribunais, e que se aplica a todas as sociedades por ações.[227] A regra realça o princípio da não ingerência dos tribunais nas decisões de negócios, que tem como objetivo dar aos administradores proteção, no contexto de recursos de responsabilidade destinados a sancionar o descumprimento de deveres. No acórdão *Wise*, a Suprema Corte determinou que os tribunais devem acatar as decisões administrativas, salvo se demonstrado que não seguiram o procedi mento para uma decisão razoável. Faltando tal prova, os tribunais não devem intervir no que concernir à decisão tomada pelos administradores, ainda que não tenha sido perfeita. A regra de avaliação dos negócios, tal como formu lada pela Suprema Corte, comporta dois vieses: um procedimental e outro material ou substancial.

1918 O viés procedimental leva os tribunais a examinarem se os administradores seguiram procedimento decisório prudente e diligente ao se informarem quanto às decisões a serem tomadas, ou seja, obtendo as informações que, razoavelmen te, estariam disponíveis consideradas as circunstâncias. Esse viés visa a impor responsabilidade aos administradores pelos danos decorrentes dos riscos que poderiam evitar se tivessem seguido procedimento decisório razoável.

225. Buckley e Gillen/Yalden 1995, p. 371.

226. *Magasins à rayons peoples Inc.* (*Syndic de*), v. Wise 2004, CSC 68.

227. Rousseau 2004.

1919 O viés substancial restringe o alcance da revisão judicial aos casos mais grosseiros. Trata-se, para o tribunal, "de examinar se os administradores toma ram uma decisão *razoável* e não *a melhor* decisão".[228] Se "a decisão tomada man tém sua característica de razoabilidade, o tribunal não deveria alterar a decisão do conselho, mesmo se os eventos ulteriores pudessem ter criado dúvida sobre referida decisão".[229] Este viés da regra de julgamento dos negócios espelha as dificuldades enfrentadas pelos tribunais quando tiverem que apreciar o mérito das decisões dos administradores. Na verdade, a distinção entre decisões de negócios boas e más não é fácil. Os tribunais não têm a *expertise* para julgar o mérito dessas decisões. Ainda mais importante, instado a julgar uma decisão de negócios que produziu maus resultados, o tribunal pode ser tentado a deduzir que estes, os maus resultados da decisão, decorrem, seguramente, da negligên cia dos administradores, ainda que não seja este o caso.[230] Ao limitar o alcance das revisões judiciais, a regra de avaliação comercial limita os riscos de erro pelos tribunais, permitindo-lhes, nada obstante, sancionar os administradores que tomam decisões cujo conteúdo não razoável indica o oportunismo.

1920 Embora se reconheça que os deveres de prudência e diligência consti tuem mecanismo de governança, pode-se indagar se espelham regra eficiente em termos de responsabilidade. Considerando os trabalhos de Calabresi, um regime de responsabilidade eficiente deve ser concebido de forma que o risco de prejuízos seja suportado pela parte que incorra no menor custo (*cheapest cost avoider*).[231] A repartição eficiente dos riscos entre partes envolvidas se gue dois critérios: a capacidade de assumir as perdas e a de evitar os riscos. Conforme o primeiro critério, a responsabilidade por prejuízo resultante de um evento deverá ser imputada à parte que esteja em melhor posição para assumir as perdas, seja porque tem menor aversão a riscos seja porque pode suportá-los a custo menor. Pelo segundo critério, a repartição eficaz dos ris cos exige que se leve em conta a parte que, ao menor custo, possa impedir a consumação de danos. Sob esta perspectiva, convém examinar a eficiência do dever de prudência e diligência na legislação canadense e de Québec.

1921 O exame do dever de prudência e diligência – tal como considerado pela regra de avaliação de negócios –, em relação aos critérios formulados por Calabresi, leva às conclusões adiante expostas. Conforme o direito positi vo, exceto pela responsabilidade por perdas que possam resultar de "más" decisões de negócios, elas são, geralmente, assumidas pelos acionistas mais do que pelos administradores. Tal repartição de riscos parece eficiente. Os acionistas estão mais bem posicionados para assumir os riscos de perdas

228. *Magasins à rayons Peoples Inc.* (Syndic de) v. *Wise* 2004 CSC 68. par. 65.

229. *Magasins à rayons Peoples Inc.* (Syndic de) v. *Wise* 2004 CSC 68. par. 65.

230. Iacobucci, 2002, 347.

231. Calabresi 1970, p. 139.

resultantes das atividades da sociedade do que os administradores, pois po dem ter carteiras de investimentos diversificadas. Impor, sistematicamente, responsabilidade aos administradores por "más" decisões de negócios os tor naria mais prudentes para reduzir seus riscos de serem responsabilizados. Mais ainda, poderia dissuadir pessoas competentes de assumirem funções administrativas em virtude do alto risco de responsabilização.[232] Concreta mente, tal prudência poderia induzir os administradores a não aceitarem pro jetos com valor presente líquido positivo por conta de riscos de perdas para a sociedade. Em última análise, os acionistas seriam os maiores perdedores porque os administradores não aprovariam projetos que pudessem gerar ren dimentos positivos para a sociedade.

1922 Em segundo lugar, o direito positivo pode impor a cada parte o ônus dos danos que, ao menor custo, ela possa impedir que venham a ocorrer. Isso decor re de duas condições da regra da avaliação de negócios que limitam a interven ção judicial a situações cuja gravidade denote oportunismo. No caso de perdas decorrentes de comportamentos oportunistas dos administradores, estes esta riam, manifestamente, mais aptos a adotar as medidas preventivas necessárias.

1923 Em resumo, a repartição eficiente de riscos requer que o dever de pru dência e diligência seja definido de forma a estimular os administradores a evitarem comportamentos oportunistas, sem fazê-los assumir os riscos pro venientes de eventos fora de seu controle. Esta análise sugere que o dever de prudência e diligência imite a solução de avaliação de negócios ao reproduzir a regra que emergiria de negociação hipotética entre as partes.

1924 A leitura teórica do dever de prudência e diligência é confirmada por trabalhos empíricos de Cheffins e Black.[233] Nesses trabalhos, os autores de monstraram que raramente os administradores eram considerados respon sáveis por "erros de gestão", quer dizer, de descumprimento de seu dever de prudência e diligência, na maioria dos países. Segundo eles, isso significa que há outros instrumentos de governança que estimulam os administradores a "executar bem sua tarefa". O dever de prudência e diligência não se prestará, pois, a mais do que punir os mais grosseiros casos de oportunismo.

3. Dever de lealdade

1925 O dever de lealdade requer que o administrador atue no melhor interes se da sociedade, mais do que no seu próprio. Conforme tradicional posição majoritária da doutrina e jurisprudência, esse dever significa que os adminis tradores devem agir no interesse dos acionistas,[234] como afirmou a Corte de

232. Cheffins 1997, p. 309-321.

233. Cheffins e Black 2006.

234. *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise* [2003], J.Q. nº 505 (C.A.). Ver, também, *Greenhalgh v. Ardene Cinemas Ltd.*. [1951], Ch. 286 (C.A.); *Palmer v. Carling O'Keefe Breweries of Canada*

Apelação britânica no caso *Greenhalgh v. Ardene Cinemas Ltd.*[235] Recentemente, no acórdão *Wise,* a Corte de Apelação de Québec adotou interpretação do dever de lealdade dos administradores na linha dessa concepção, acentuando que, “de modo geral, os interesses da sociedade são os do conjunto dos acio nistas, porque atingir os objetos da sociedade constitui, em princípio, a razão de pôr em comum as somas investidas”.[236] De acordo com tal concepção, os administradores têm dever de lealdade para com a sociedade. Esse dever exi ge que ajam no interesse dos acionistas, atuais e futuros, titulares de ações ordinárias ou preferenciais. Os administradores podem considerar os interes ses de outras partes apenas na medida em que isto sirva aos interesses dos acionistas.

1926 Tal posição quanto ao dever de lealdade é conforme com a teoria econô mica dominante, que considera a sociedade anônima uma rede de contratos. Será que a teoria realmente incidiria no processo de tomada de decisões pelos administradores? No dia a dia das sociedades, a prioridade dos acionistas induz os administradores a fazerem escolhas que, possivelmente, não fariam se fossem guiados pelos interesses da pessoa jurídica? Para responder a esta questão, deve-se distinguir entre dois tipos de conflitos arbitrados pelo dever de lealdade dos administradores: os conflitos verticais e os horizontais.

1927 Os conflitos verticais se referem a abusos dos administradores de bens da sociedade.[237] A identidade dos beneficiários do dever de lealdade não é rele vante para resolver esse tipo de conflito: basta exigir que os administradores atuem no interesse da sociedade. As regras que visam a inibir abusos decor rentes desse tipo de conflito se voltam para os comportamentos considerados repreensíveis. As regras protegem, em última análise, todas as partes interes sadas na medida em que protegem a integridade do patrimônio ativo da socie dade. Como exemplo, o art. 323 C.c.Q. proíbe a usurpação das oportunidades de negócios, o que serve aos interesses de todas as partes envolvidas dado que a sociedade poderia explorá-las e aumentar suas receitas. Do mesmo modo, o artigo 325 C.c.Q., e o artigo 120 L.C.S.A. se aplicam à conclusão de contratos entre administradores e a sociedade para evitar que aqueles enriqueçam em detrimento dos bens que devem administrar.

1928 Nos conflitos horizontais, os interesses das partes são conflituosos.[238] Diante de tais conflitos, necessária norma que direcione os administradores identificando a parte cujos interesses devem privilegiar. A resposta tradicional

Ltd. (1989) 67 O.R. (2d) 161 (H.C.); Re Olympia & York Enterprises and Hiram Walker Resources Ltd. (1986), 59 O.R. (2d) (Gen.Div.). Crête e Rousseau 2002, p. 482-483; Sealy 1996.

235. [1951], 1 Ch. 286 (C.A.).

236. *Peoples Department Stores Inc.* (*Trustee of*) v. *Wise* [2003], J.Q. nº 505 (C.A.), par. 66-67.

237. Mitchell 1992, 591.

238. Mitchell 1992, 591.

do direito societário em face de tais conflitos, foi privilegiar os interesses dos acionistas. As consequências concretas que resultam do primado do interesse dos acionistas podem ser ilustradas com dois exemplos.

1929 O primeiro se refere à sociedade cujas finanças estejam em situação difí cil, precária, como no caso *Les magasins à rayons Peoples, Inc*., na decisão *Wise*, em que os interesses dos acionistas e dos credores poderiam ser conflitan tes.[239] No caso *Wise*, a adoção da política de aprovisionamento aumentava o risco assumido pelos credores de *Peoples*, beneficiando os acionistas da *Wise*. O risco derivava da fragilização do equilíbrio financeiro da *Peoples* gerado pelo crédito concedido a *Magasins Wise*, a qual já enfrentava dificuldades financei ras. Concretamente, os credores de *Peoples* se viam em posição cada vez mais arriscada em face dos credores de *Wise*, na medida em que as somas devidas por *Magasins Wise* aumentava. Aplicando a regra do primado dos acionistas, a Corte de Apelação de Québec recusou reconhecer que o dever de lealdade dos administradores, em tal circunstância, poderia servir para proteger os interes ses dos credores.

1930 O segundo exemplo trata de sociedade aberta objeto de tomada de con trole por meio de oferta pública de compra.[240] A mudança de controle pode afetar as partes envolvidas de forma diferente. Exemplo seria a tomada de controle de uma sociedade que se traduzisse por ganhos expressivos para os acionistas que recebem a mais-valia ofertada pelo adquirente. De outro lado, a isso podem seguir-se relevantes rescisões dado que o adquirente, por ter o controle, buscará obter ganhos de sinergia. Ante tal conflito entre os interes ses das partes, a jurisprudência canadense, tradicionalmente, considera que o dever de lealdade dos administradores de uma sociedade cuja tomada de controle seja iminente consistiria em maximizar o valor das ações no curto prazo para beneficiar os acionistas.[241] Os tribunais canadenses permanecem, portanto, fiéis à regra de prioridade dos acionistas, seguindo, dessa forma, o exemplo dos tribunais norte-americanos.

1931 A concepção de interesse da sociedade em face da prioridade dos acio nistas foi posta em questão pela Suprema Corte na decisão *Wise*. A Corte deliberou, de forma inequívoca, "que não se deve interpretar a frase 'no me lhor interesse da sociedade' como se, simplesmente, significasse 'no melhor interesse dos acionistas".[242] Segundo a Corte, da perspectiva econômica, tal

239. Rousseau 2003b.

240. A respeito das ofertas públicas de compra, ver o Capítulo sobre o direito dos valores mobiliá rios.

241. *CW Shareholdings Inc. v. WIC Western International Communications Ltd.* (1998), 38 B.L.R (2d) 196 (Ont.Ct.Gen.Div.). *Pente Investment Management Ltd. c. Schneider Corp.* [1998], O.J. nº 2036 (Gen.Div.); (1998) 42 O.R. (3d) 177 (C.A.).

242. *Magasins à rayons Peoples Inc.* (*Syndic de*) v. *Wise*, 2004 CSC 68, par. 42.

expressão se refere à maximização do valor da empresa. Em termos mais sim ples, ela se destina a estimular a administração a agir de maneira a fazer da sociedade uma empresa melhor. Por essa fórmula a Corte sufraga, ao menos implicitamente, a teoria das partes interessadas, bem conhecida dos especia listas em governança de empresas.[243] Essa tomada de posição em favor da teo ria das partes interessadas ressalta, especialmente, do texto em que a Corte reconhece que "para determinar se se trata do melhor interesse da sociedade, pode ser legítimo que o conselho de administração, dado o conjunto de cir cunstâncias de determinado caso, considere, especificamente, os interesses de acionistas, empregados, fornecedores, credores, consumidores, governos e meio ambiente".[244] Essa posição tomada pela Suprema Corte levou, ainda, a significativa mudança de um dos princípios fundamentais do direito das sociedades no último século.

1931a. Nota da tradutora As regras relativas a deveres de administradores devem, no caso de tomada de controle, ser acrescidas dos deveres do con trolador, conforme arts. 116, parágrafo único, e 116-A. Demais disso, como previsto no art. 115, o exercício do voto dar-se-á no interesse da sociedade, considerando-se abusivo o voto proferido para causar dano à companhia ou a outro(s) acionista(s). Contudo, a lei brasileira relaciona, entre os deveres do controlador, a perseguição do fim social da empresa. Essa expressão – *fim social* – tem sido interpretada de forma larga, nem sempre direcionada para a preservação da empresa, se se considerar que outros interesses podem prevalecer.

1932 De toda forma, parece que os administradores não podem mais balizar suas decisões apenas pelo critério de maximização do valor para os acionis tas. Devem procurar maximizar o valor da empresa. Na medida em que a Corte optou pela teoria das partes interessadas, tal expressão deveria ser in terpretada de forma ampla a fim de permitir que se levem em conta todas as obrigações financeiras explícitas e implícitas da empresa, incluindo o capital humano.[245] Todavia, a evolução de obrigações financeiras implícitas cria um problema ainda não resolvido em finanças. Dessa forma, segundo Charreaux, "a definição de medida global da firma parece difícil".[246] Por essa razão, os administradores procurarão adotar critério mais clássico de medida de valor baseado nas obrigações financeiras explícitas da empresa, quer dizer, ações, opções, obrigações e outros títulos representativos de créditos.[247] Entretan to, a imprecisão quanto ao significado do conceito de valor da empresa pode

243. Ver Freeman 1984; Phillips 2003.

244. *Magasins à rayon Peoples Inc.* (*Syndic de*) v. *Wise*, 2004 CSC 68, par. 42.

245. Cornell e Shapiro 1987.

246. Charreaux 1997.

247. Jensen 2001.

contribuir para ampliar o poder discricionário dos administradores, ao tor nar os objetivos que devam perseguir mais fugidios. Isso poderia reduzir a eficiência do dever de lealdade como mecanismo de responsabilização dos administradores.

1933 Pela jurisprudência da Suprema Corte, o direito canadense se aproxima da posição do direito francês quanto a essa "noção ampliada"[248] que é o inte resse social. Com base em análise institucional da sociedade desenvolveu-se, na França, nos anos 1950, a ideia de que a finalidade do grupamento social seria o interesse de todos que contribuíssem para o funcionamento da em presa organizada na forma de sociedade. Em seguida ao movimento iniciado com a doutrina social que buscava conciliar o capital e o trabalho, a doutri na da empresa entendeu que a maioria dos administradores deveria agir em conformidade com o interesse superior do organismo econômico que repre senta e empresa. A jurisprudência participou dessa mudança de posição com a decisão *Fruehauf,* de 2 de maio de 1965,[249] entendida como condenação do capitalismo. As críticas foram intensas e os autores se dividiram entre o in teresse dos acionistas e o da empresa, sem que aparecesse uma solução.[250] A controvérsia em relação ao interesse social foi retomada com o desenvol vimento, na França, da governança da empresa, teoria que considera que os acionistas são os "senhores" da sociedade. Mais, o aumento da distribuição de dividendos ao longo destes últimos anos levou à retomada das indagações sobre o interesse social. Embora haja sinais que tendem a colocar o acionista no centro da construção social, das dúvidas subsistem. Quase ignorado pelo legislador,[251] o interesse social está no centro de acalorado debate não apenas doutrinário,[252] como, também, jurisprudencial..., debates dos quais nenhuma solução clara parece ter emergido. Dessa construção tão heterogênea pode-se dizer que houve pouco avanço salvo pela visão ampla de interesse social (en tendido, restritivamente, como interesse que ultrapassa o do acionista), pare cendo distante seu abandono pelo direito francês.

1933a. Nota da tradutora Como apontado atrás, o legislador brasileiro tende a privilegiar não a função social e sim o interesse social, debate que facilita a inclusão de interesses estranhos à sociedade (empresa), tais como o

248. Couret 1996, p. 4, nº 14.

249. C.A. Paris, 22 de maio de 1965, JCP 1965, II. 14274 *bis*, concl. Nepveu; D. 1968, Jur. 147.

250. Lyon-Caen e Lyon-Caen 1978, p. 611 e segs.; Hannoun 1991, n. 154; Viandier 1978, p. 135 e segs., nos 139 e segs.

251. Poucas disposições fazem referência ao interesse social. Podem ser citados os artigos L.221-4, 233-3, 241-3, 242-6 do Código de Comércio e 1848 do Código Civil.

252. A favor do interesse social assimilado ao interesse da empresa, ver notadamente: Cozian e Viandier; "*Crise et structure juridique des entreprises*". 5ª Jornada R. Savatier 1997, p. 87; Daigre 1996, p. 21; Contin 1975; Paillusseau 1967. A favor do interesse social assemelhado ao interesse dos acionistas, ver, notadamente: Ripert e Roblot, 2002, n. 1587-1; Schmidt 1995; Bertel 1997. p. 46.

interesse do Estado, ainda quando se trate de sociedade da qual não participe direta ou indiretamente.

a. As medidas destinadas a proteger os acionistas

1934 A proteção dos acionistas decorre, igualmente, de medidas judiciais que permitem que os tribunais punam o comportamento oportunista de adminis tradores ou controladores. No Canadá, a *lei federal das sociedades por ações* se caracteriza por contemplar medidas judiciais bastante favoráveis aos acionis tas minoritários. Assim, para garantir que os administradores respeitem as minorias, a lei prevê a ação indireta que permite que acionistas recorram ao judiciário, em nome e por conta da sociedade, para obter indenização de pre juízo por esta experimentado.[253] A ação indireta pode, por exemplo, ser utili zada se os administradores se recusarem a agir para punir o descumprimento de deveres que tenha causado dano à sociedade. Trata-se de mecanismo de responsabilização dos administradores e que tem papel importante.

1935 A mais importante inovação da legislação federal consiste na criação de ação em caso de iniquidade.[254] A medida permite a qualquer demandante, inclusive acionista, requerer ao tribunal a correção de abusos e injustiças re sultantes das atividades das sociedades constituídas em virtude dessa lei. No caso desses recursos, o tribunal pode determinar o que venha a considerar adequado para pôr fim a uma situação em que a sociedade, ou seus adminis tradores, abusem dos direitos dos acionistas, credores, administradores ou dirigentes de sociedades federais, que atentem contra seus interesses ou não os levem em conta. As determinações do tribunal podem visar não apenas a sociedade, mas também os administradores se tiverem participado da consu mação da situação que dá ensejo ao pedido. As razões pelas quais as ações por opressão podem ser acolhidas são, também, bastante amplas. A medida "permite que o tribunal recorra ao conceito de equidade não apenas no caso de abuso de direitos do requerente, mas também nos casos em que, inexistin do ilegalidade ou fraude, tais direitos sejam ameaçados ou não tenham sido considerados".[255] A medida cria, de fato, relevante direito em benefício das

253. Art. 239 L.C.S.A. Existe, igualmente, uma ação social *ut singuli* no direito francês das socie dades. O art. L.225-252 do Código de Comércio indica que, além da ação de reparação do prejuízo suportado pessoalmente, os acionistas podem, seja individualmente ou por meio de associação que atenda às condições fixadas no artigo L.225-120, seja se reunindo de forma a representarem ao menos 1/20 avos do capital social, propor ação social de responsabilidade dos administradores ou do diretor geral (presidente). Os requerentes estão habilitados a perseguir a reparação do prejuízo total experimentado pela sociedade, à qual, conforme o caso, serão atribuídas as perdas e danos.

254. Art. 241 L.C.S.A. A ação para o caso de iniquidade é comumente denominada "ação contra opressão".

255. *Développments urbains Candiac Inc. v. Combest Corp.* [1993] R.J.Q. 1321, 1329 (C.A.).

partes interessadas, a saber, direito ao respeito de suas legítimas expectativas pela sociedade e por quem a dirija.

1936 Em relação aos mecanismos de tutela judiciária, a legislação de Québec não tem a abrangência da L.C.S.A. O Código Civil de Québec impõe aos ad ministradores deveres de prudência, diligência e lealdade.[256] Entretanto não há ação indireta semelhante à prevista na L.C.S.A. Dessa forma, em princípio, os acionistas devem recorrer a medidas cujo alcance é restrito. Podem utili zar a ação indireta reconhecida pela jurisprudência ou a medida prevista no art. 316 do Código Civil. Esses dois recursos não permitem punir mais do que comportamentos qualificados como fraudulentos, o que supõe alto nível de gravidade. Como exemplo, os acionistas não podem empregar esses recursos em caso de decisões negligentes ou imprudentes.

1937 Ainda mais relevante é que nem a L.C.Q. nem o Código Civil preveem me didas para iniquidades semelhantes às da L.C.S.A. Ao longo dos últimos anos os tribunais pretenderam desenvolver tal medida apoiando-se nos princípios gerais do Código Civil e do direito das sociedades.[257] Apesar da pertinência dessas decisões, nenhuma medida realmente adequada para a iniquidade em relação a sociedades regidas pela L.C.Q. foi reconhecida. Em consequência, os acionistas não podem utilizar esses recursos em face de decisões negligentes ou imprudentes dos administradores.

1938 A situação da França se aproxima em muitos aspectos da de Québec, tanto mais que o conceito de ação de grupo – o recurso coletivo ou *class action* no di reito de Québec – inexiste na legislação francesa. Enquanto autores e profissio nais estão divididos quanto à oportunidade de instituir essa medida,[258] muitos consideram que seria meio eficiente para que o acionista fosse ouvido e levado em consideração pelo mercado e por empresas de porte não negligenciável.[259]

1939 A disparidade do nível de proteção dos acionistas entre a legislação fe deral e a de Québec tem consequências observáveis sobre decisões de inves timentos? Conforme La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer e Vischny (LLSV), o grau de proteção oferecido pela legislação aos acionistas influi na estrutura acionária.[260] Assim, na medida em que a legislação oferece nível de proteção

256. Art. 321 e segs. do C.c.Q.

257. Crête 2006; Crête 2005.

258. Temple 2005; Lipskier 2005; Trabalhos do colóquio da Universidade de Picardie Jules Verne, "*L'opportunité d'une action de groupe en droit des sociétes?*" PUF, Coll. Coleção do Ceprisca, 2004. Sobre o debate entre profissionais ver "*La class-action pour les actionnaires ...*" *Les échos fr.*, 25 abr. 2006. Disponível em: <http://www/echos-judiciares.com/imprimer_article.php?id=3703>.

259. Nesse sentido: Cocuelle 2005.

260. Os trabalhos de R. La Porta, Lopez-de-Silanes e A. Shleifer contribuíram para lançar o movi mento de análise jurídico-financeira ("*Lan and Finance*"). Ver La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer e Vischny 1998; La Porta, Sopez e Schleifer 1999; La Porta, Sopez, Shleifer e Vischny, 2000.

adequado aos acionistas, até mesmo aqueles titulares de poucas ações sen tem-se protegidos contra o risco de expropriação por parte dos administra dores ou controladores. De modo geral, os acionistas ficam mais inclinados a investir, o que contribui para o desenvolvimento dos mercados financeiros e acentua a dispersão acionária. Quando os investidores não creem que serão expropriados, estão prontos a pagar mais para adquirir as ações, estimulando, ainda, os controladores a reduzirem sua participação, portanto serão menores as possibilidades de apropriação dos benefícios privados – benefícios decor rentes do controle. De outro lado, na medida em que a proteção dos acionis tas é inadequada, a busca pelos benefícios privados, dada a concentração do controle, estimula os controladores a não diluir sua posição, seja pela emis são de novas ações seja pela venda de parcela do seu bloco. No contexto de proteção fraca, a concentração de ações será uma alternativa para superar as ineficiências do quadro legal e, dessa forma, garantir melhor fiscalização dos administradores e controladores.

1940 LLSV comprovaram sua teoria por meio de estudos empíricos em muitos países. A partir de amostra constituída por dez das mais importantes socie dades em 49 países, observaram que o nível de concentração da propriedade é inversamente associado à qualidade das tutelas dos investidores.[261] Os re sultados acentuam a pertinência dos direitos conferidos aos investidores na determinação da estrutura das companhias abertas. O resultado dos estudos de LLSV ressaltaram a controvérsia, especialmente ao indicarem que os países de tradição civilista, em geral, previam regimes de proteção menores do que os dos países de *common law*, e isto se refletia na maior concentração das ações de suas sociedades, e em mercados financeiros menos desenvolvidos.[262]

1941 Para esclarecer esse debate, Bozec, Rousseau e Laurin, em estudo recen te, buscaram comprovar a teoria de LLSV no Canadá, baseando-se em duas hi póteses.[263] Segundo a primeira, o quadro regulamentar específico em Québec, de tradição civilista, faz com que a concentração dos direitos de voto e a sepa ração entre voto e propriedade sejam mais pronunciadas. A segunda hipótese prevê que as sociedades de Québec, aquelas incorporadas segundo a L.C.Q., seriam caracterizadas por estrutura acionária mais concentrada e mais sujeita
à separação entre direitos de voto e de propriedade. Os resultados das análi ses feitas no âmbito dessa pesquisa confirmaram as duas hipóteses, levando
à conclusão que o sistema jurídico, tal como a legislação societária, influem sobre a estrutura acionária. As conclusões estimulam a prudência quanto à classificação do Canadá como país de tradição exclusiva de *common law*. Na verdade, as significativas diferenças documentadas para o caso de Québec

261. La Porta, Lopez e Shleifer 1999.

262. As críticas suscitadas pelos trabalhos de LLSV são numerosas, citando-se, a título de exem plo, Gaudreault-DesBiens 2006, p.75-111; Rajan e Zingales 2003; Roe 2006.

263. Bozec, Rousseau e Laurin, 2006.

acentuam a importância de se verificar a província de origem nas amostras das sociedades canadenses.

1941a. Nota da tradutora Estudos comparativos entre o preço de ações de companhias abertas listadas na Bovespa e no Novo Mercado demonstram a teoria quanto à tutela de acionistas minoritários pois, de regra, as ações ne gociadas no último alcançam preços maiores do que as de sociedades listadas na primeira.

b. O regime de proteção das outras partes interessadas

1. Atividades das sociedades e custos externos

1942 O princípio da responsabilidade limitada associado à maximização dos lucros pode, no direito societário, ser fonte de custos externos ao levar as sociedades a se envolverem em atividades arriscadas que imponham custos não indenizáveis às partes interessadas (*stakeholders*). Os professores Bakan[264] e Mitchell[265] observam, provocativamente, que as sociedades são "máquinas de externalidades". O lucro mais elevado gerado por decisões arriscadas não aproveita às outras partes interessadas, uma vez que os montantes de seus créditos são fixos. Ao mesmo tempo, a elevação dos riscos lhes é desvantajo sa, pois reduzirá a probabilidade de pagamento de seus créditos.

1943 Os custos externos são fonte de ineficiente repartição dos recursos na economia ao estimularem a aprovação de projetos de investimento social mente não rentáveis. Quando as sociedades avaliam os projetos de investi mento, não consideram os custos externos. Tendem a aprovar projetos que, se tais custos fossem considerados, excederiam os benefícios. A responsabili dade limitada diminui o interesse econômico das sociedades em investir nível ótimo de recursos adotando medidas prudenciais, de segurança, uma vez que não assumirão, inteiramente, as perdas resultantes dos prejuízos causados por suas atividades. Dito de outra forma, ao transferir uma parte dos custos dos projetos de investimento para terceiros, a responsabilidade limitada sub venciona as atividades cooperativas arriscadas.

1944 Esse retrato sinistro é incompleto já que não considera o teorema de Coase.[266] O teorema ensina que as pessoas podem equacionar o problema dos custos externos desde que seja possível contratar a baixo custo e os direitos de propriedade sejam bem determinados. No âmbito das sociedades, as partes da rede de contratos podem negociar condições específicas destinadas a pro tegê-las desse problema. Por exemplo, uma parte interessada, por exemplo,

264. Bakan 2004. Ver também: Greenfield 2006.

265. Mitchell 2003, 2003.

266. Ver Parte II, Capítulo I; Rousseau e Smaïli 2006.

um credor que contrata com uma pessoa jurídica pode negociar para que o contrato reflita o risco da operação em face da responsabilidade limitada. Esse risco compreende toda e qualquer possibilidade de o credor não poder recu perar a totalidade de seu crédito. Durante a negociação do contrato o credor pode avaliar esse risco obtendo informação sobre o ativo e o passivo da pessoa jurídica, bem como do projeto a ser financiado. Tal avaliação permite determi nar a taxa de juros considerando o grau do risco de não pagamento.

1945 O credor também se expõe ao risco de o devedor aprovar medidas que aumentem a probabilidade de inexecução da obrigação. Na medida em que tais ações não possam ser levadas em conta quando se fixa a taxa de juros, a pessoa jurídica estaria em situação equivalente a poupar a taxas que não refle tissem a realidade do risco da operação. O credor tentaria, então, reduzir esse risco por meio de cláusulas contratuais que lhe permitissem alguma forma de controle. Poderia, por exemplo, tornar exigível a totalidade do crédito se o coeficiente de endividamento da pessoa jurídica (passivo total em relação ao valor líquido) atingisse certo limite. O credor poderia, também, exigir que os acionistas fossem garantidores da obrigação contratada pela pessoa jurídica, ou que esta lhes dessem certos bens em garantia.

1946 De acordo com o teorema de Coase, as partes interessadas que tenham relação contratual com a sociedade podem repartir o risco das operações de sorte que a possibilidade (risco) de inadimplemento da obrigação recaia so bre a pessoa jurídica. Certas nuanças concernentes à aplicação do teorema de Coase merecem ser analisadas. Os credores que têm relação contratual com a pessoa jurídica não podem, sempre, negociar as condições para atingir a maximização dos interesses das partes. Além das dificuldades para obter a informação necessária ao consentimento esclarecido, quem contrata com pes soa jurídica não dispõe, necessariamente, de poder negocial que lhe permita influir sobre o teor do conteúdo do contrato.

1947 Por óbvio que a situação difere para partes interessadas que não tenham relações contratuais com a sociedade. Primeiro porque não podem determinar o nível de perda que assumiriam no caso de insolvabilidade da pessoa jurí dica. Contrariamente ao credor contratual, que pode determinar o montante que aceita arriscar, a vítima de dano por culpa extracontratual não pode, vo luntariamente, fixar esse montante, o qual dependerá do prejuízo que vier a experimentar. Em segundo lugar, não lhe é possível contratar, antecipada mente, com a pessoa jurídica para que esta assuma o risco de não reparação do prejuízo em virtude de insolvabilidade. Finalmente, não dispõe dos recur sos necessários para fiscalizar, de forma correta, o nível de risco que lhe possa ser imposto. Assim, a responsabilidade limitada dos acionistas permite que as pessoas jurídicas transfiram parte dos riscos de suas atividades às partes interessadas quando se tratar de responsabilidade extracontratual, enquanto são os acionistas que recebem o conjunto dos benefícios.

1948 A aplicação do teorema de Coase permite circunscrever a extensão do problema dos custos externos que sejam gerados. De constatar que a nego ciação e o contrato permitem às potenciais vítimas, em certas circunstâncias, fazer com que a sociedade e seus acionistas arquem com os custos externos. A proteção decorrente desses mecanismos, porém, não é perfeita. Seus limites são reconhecidos na maioria dos regimes jurídicos das sociedades, sejam de tradição civilista ou da *common law*, que contêm normas imperativas visando a proteger as partes interessadas.

1949 As disposições que regem as operações de retorno do capital, assim a recompra de ações, a declaração de dividendos ou a concessão de ajuda finan ceira aos acionistas, constituem bom exemplo de normas imperativas visando a restringir os efeitos de externalidades negativas.[267] O princípio diretor des ses dispositivos é proteger os credores da sociedade contra redução do capital resultante dessas operações se houver razões que indiquem que a sociedade está, ou ficará, após sua consumação, insolvente. As operações de devolução do capital podem impor efeitos externos negativos aos credores da sociedade na medida em que reduzem seu ativo, o que pode comprometer o pagamento das dívidas. São, portanto, mais arriscadas para os credores porque estes não participam de sua deliberação. No caso de recompra de ações, as partes são a sociedade e os acionistas cujas ações sejam recompradas (resgatadas). Igual mente, na declaração de dividendos, as partes são a sociedade que os distribui e o acionista ou investidor que os recebe.

1949a. Nota da tradutora Lembra-se que o direito brasileiro tem disposi ção concernente à obrigatoriedade de distribuição de dividendos, o denomi nado dividendo obrigatório, previsto no art. 202.

1950 Ademais a legislação tem inúmeros mecanismos que permitem ao tercei ro responsabilizar civilmente os administradores pelos danos a ele causados pela sociedade. Citam-se os regimes de responsabilidade em matéria ambien tal, fiscal, direito do trabalho ou da concorrência.[268] Se não criam verdadeiro dever de lealdade em face de pessoas protegidas, esses regimes de respon sabilidade constrangem os administradores a desempenhar suas funções de maneira compatível com os interesses daquelas. Não o fazendo, os adminis tradores ficarão sujeitos às regras de responsabilidade pessoal.

267. Arts. 123.52-123.71 L.C.Q.; art. 34-43 L.C.S.A. Para o direito francês, ver artigos L.225-204 e segs. do Código de Comércio. O artigo L. 232-11 do Código de Comércio prevê que: "*hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut être faire aux actionnaires lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient à la suite de celle-ci inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les status ne permettent pas de distribuer"* (fora do caso de redução do capital, nenhuma distribuição pode ser feita aos acionistas se o capital próprio esteja ou fique, em seguida a ela, inferior ao montante do capital acrescido das reservas que a lei ou o estatuto não permitem distribuir).

268. No direito canadense, ver Rousseau, 2006, p. 765-835. No direito francês, os administrado res incorrem em responsabilidade tanto civil (artigos L.225-251 e segs. do Código de Comércio) quanto penal (artigos L.242-6 a L.242-8 do Código de Comércio).

1951 Além do exemplo canadense, não é possível negar que a teoria das partes interessadas surge como filigrana na construção jurídica francesa,[269] inter nacional e europeia. No que tange ao direito francês, sua evolução histórica sugere a ampliação da sociedade para incluir outras pessoas além dos acionis tas. E esse reconhecimento não cessou após 1887, admitindo-se a existência de interesses variados e a efetiva garantia de sua defesa. Em segundo lugar, o direito societário francês recepciona a *stakeholder theory* por meio da noção de interesse social e a forma ampla pela qual é percebida tanto nos estudos doutrinários quanto no desenvolvimento das decisões judiciais. No plano do interesse social, chocam-se direito, *stakeholder* e teoria contratual. Em terceiro lugar, o regime de informação que caracteriza as sociedades por ações, seja a informação relativa a matéria a ser deliberada pela assembleia geral, seja a regulamentada pelos mercados financeiros, comprova o elo entre a *stakeholder theory* e o direito. Os mecanismos existentes mostram a especial atenção con ferida ao "*público*" ou ao "*terceiro*", espelhando recepção subjacente da teoria das partes interessadas. No mesmo sentido os documentos transmitidos su peram o valor bursátil confirmando, cada vez mais, que se opera com o valor global para a empresa. Em quarto lugar, se os conceitos de abuso de maioria, de minoria ou possibilidades de exclusão, visam os acionistas, sinais favorá veis à crescente inclusão dos efeitos sobre outros parceiros mostram, expres samente, que visam os assalariados ou outros terceiros como, por exemplo, as instituições bancárias. Em 2004, Bézard nota que "[...] os textos sobre a recusa e destituição de auditores, os relativos à *expertise*, ao conhecimento, feitos pelos minoritários, são medidas de alerta. Em todos esses procedimen tos, não apenas os acionistas podem apresentá-los, como também o comitê de empresa, a C.O.B., o promotor e os auditores".[270]

1952 Quanto aos direitos internacional e europeu, nenhum deles ignora os terceiros em relação à sociedade. Em vários princípios da OCDE há referên cias à *stakeholder theory,* indicando que as sociedades devem admitir que as contribuições das diferentes partes interessadas constituem recurso precioso para que haja concorrência entre empresas, havendo, na Europa, múltiplas re ferências a essa teoria, as quais ultrapassam o conteúdo do art. 48 do Tratado CE visando à proteção dos interesses tanto de sócios quanto de terceiros.

4. Recurso à desconsideração da personalidade jurídica

1953 Em Québec, o artigo 317 contempla regra de inoponibilidade que impede se invoque a personalidade jurídica contra pessoa de boa-fé, salvo se servir

269. O professor Trébulle é um dos primeiros juristas a porem em destaque a aproximação entre o direito das sociedades e a teoria das partes interessadas. Trébulle 2006.

270. Bézard 2004.

para mascarar fraude, abuso de direito ou violação a norma de ordem pública. Diz-se, então, que o véu da personalidade jurídica é levantado. Preenchidas as condições do art. 317, a sanção prevista é a inoponibilidade da personalidade jurídica. Tal regra permite, então, estabelecer os vínculos jurídicos entre os membros da sociedade que não se beneficiam mais da proteção da responsa bilidade limitada.

1954 O mecanismo para erguer o véu corporativo foi elaborado para punir o abuso da personalidade jurídica.[271] O abuso ocorre quando a personalidade jurídica e a limitação da responsabilidade são desviados de sua finalidade eco nômica, e não servem mais para proteger o acionista contra riscos normais dos negócios.[272]

1954a. Nota da tradutora A desconsideração da personalidade jurídica, conhecida no Brasil desde o início dos anos 40 do século passado na área trabalhista, foi aos poucos expandida para incluir matéria fiscal, ambiental e financeira. A partir de 2003, com a entrada em vigor do Código Civil bra sileiro, a teoria de desconsideração da personalidade jurídica é incorporada, definitivamente, ao direito privado, por força do art. 50, igualmente apoiado na noção de abuso.

1955 A vontade do legislador de punir o abuso da personalidade jurídica me diante o levantamento do véu corporativo decorre da noção de "*mascarar*" do artigo 317. Tal noção requer que o acionista manipule a personalidade jurídica da sociedade e a desvie de sua finalidade econômica para praticar fraude, abu so de direito ou violação a norma de ordem pública em detrimento de outrem sem assumir responsabilidade pessoal.[273] Mais especificamente, o exame da jurisprudência de Québec indica que manipulação da pessoa jurídica, na estei ra do artigo 317, pode ter duas formas. O artigo 317 se volta para o acionista que manipula a personalidade jurídica a fim de legitimar uma fraude, um abu so de direito ou uma contravenção à ordem pública. Em tais casos, o acionista se serve da sociedade como fachada para camuflar suas ações pessoais. Faz a sociedade praticar ato que, à primeira vista, parece legítimo, mas que não o é, porque "ele a controla e se beneficia do ato que tem natureza fraudulenta, abusiva ou contrária à ordem pública".[274]

1956 A noção "mascarar" enseja, em segundo lugar, outra forma de manipu lação da personalidade jurídica na qual o acionista usa a sociedade como in termediário ao praticar a fraude, o abuso de direito ou contravenção a norma

271. Em direito francês, ver: Martin-Serf 1998. Para Québec, ver Caron 1978, 8-10.

272. Gevurtz 1997. 855: "*Most corporations exist for the purpose of achieving limited liability for their owners*." (Muitas companhias existem para que seus titulares tenham responsabilidade limitada). Ver também, supra, sessão 1.2, notas e texto correspondente.

273. Ver Ballantine 1925, 19; Thompson 1989, 1042.

274. *Lanoue c. Brasserie Labatt Ltée.*, *REJB*, 1999-11842 (C.A.), p. 6.

de ordem pública sem se sujeitar à responsabilidade pessoal. O exame da ju risprudência indica, porém, que não basta que uma sociedade tenha realizado uma operação que produza tal resultado para que se aplique o art. 317. É pre ciso que a operação tenha sido realizada no interesse do acionista e não no da sociedade. Essa exigência decorre da natureza derrogatória do levantamento do véu corporativo. Visa a preservar a responsabilidade limitada dos acionis tas em relação aos negócios da sociedade que, ainda que causem prejuízos a terceiros, não podem ser enquadrados como manipulação da personalidade jurídica.

1957 De resto, vê-se um embate entre duas situações nas quais o acionista pode invocar a personalidade jurídica da sociedade por ações para mascarar uma das ilegalidades enumeradas no art. 317: deve haver participação direta do acionista que permita o levantamento do véu corporativo. É aqui que se aplica a teoria do "*alter ego*", ou teoria da identificação.[275] Em uma ou outra situação descrita anteriormente, salvo se o acionista puder ser qualificado de "*alter ego*" ou "alma dirigente" da sociedade, será possível buscar sua respon sabilidade por fraude, abuso de direito ou violação a norma de ordem pública. O elemento central para aplicação da teoria da identificação consiste na qua lificação da relação existente entre acionista e sociedade anônima. Para que um acionista seja o "*alter* ego" de uma sociedade, é necessário demonstrar que não são pessoas distintas em virtude dos estreitos laços que os unem.[276] Para determinação da existência de tal relação, o critério mais importante é o do controle da pessoa jurídica pelo acionista.[277]

1958 A fim de que o tribunal aprove a desconsideração da personalidade ju rídica, não basta que o acionista seja o *alter ego* da sociedade. É necessário, ademais, que o acionista manipule a personalidade jurídica da sociedade e a desvie de sua finalidade econômica para cometer uma fraude, abuso de direito ou violação de norma de ordem pública em detrimento de outrem.

1959 Do ponto de vista econômico, pode-se compreender a desconsideração da personalidade jurídica como mecanismo destinado a controlar os custos externos gerados pelo princípio da responsabilidade limitada.[278] Trata-se de outra manifestação da função do direito no combate ao oportunismo.

275. A teoria da identificação tem suas origens na *common law*. Ver *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.* [1915], A.C. 705 (H.L.). Foi utilizada em diversas ocasiões pelos tribunais antes da aprovação do Código Civil de Québec, para justificar a desconsideração da personalidade jurídica. Exposição recente dos princípios gerais da teoria são encontrados em *Général Accident, Compagnie d'Assurances du Canada v. Miscou Motel Ltée.* [1999], R.J.Q. 330, 339-341(C.A.). Ver ainda Grondin 1994, 383-385.

276. *Buanderie Centrale de Montréal v. Montréal* [1994], 3 R.C.S. 29,48.

277. Id. Ver, também, *Rhône* (Le) *v. Peter A.B. Widener* [1993], I R.C.S. 497, 520-521; *Canadian Dredge & Dock Co. v. R.* [1985], I R.C.S. 662.

278. Easterbrook e Fischel 1991, p. 54 e segs.

1960 Pode-se conceber que a punição à fraude e abuso de direito tenham como função reduzir os custos externos assumidos pelos credores contratuais e ex tracontratuais.[279] Os primeiros, em geral, podem impor que a pessoa jurí dica assuma o risco de inexecução das obrigações decorrentes da limitação de responsabilidade dos acionistas. Todavia, para que tais credores possam transferir esse risco é essencial que tenham acesso à informação necessária para avaliá-lo. Na medida em que um devedor faça manobras fraudulentas ou dolosas na fase pré-contratual, contribui para induzir o credor em erro sobre a extensão do risco, impedindo-o de transferir o risco de inadimplemento ou inexecução à pessoa jurídica mediante requerimento de contrapartida adequa da. A possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica no caso de frau de ou abuso de direito diminui a atração por falsas representações por parte dos acionistas durante a negociação do contrato, desde que tais manobras se jam suscetíveis de lhes impor responsabilidade pessoal. Efeito daí decorrente é aumentar a veracidade das informações prestadas aos credores e diminuir, de modo geral, os riscos assumidos quando negociam com as companhias.

1961 As noções de fraude e abuso de direito podem, também, ser invocadas pelos credores durante a execução do contrato. Mediante a desconsideração da personalidade jurídica da companhia nos casos de ações fraudulentas pra ticadas nesse estágio, isso reduz os custos de transação das relações contra tuais das companhias. Oferece-se aos credores mecanismos que aumentam a probabilidade de obter a execução do contrato, reduzindo, desta forma, os custos preventivos resultantes da necessidade de antecipar outras formas de restrição de controle.[280] Mais, a natureza padronizada desses mecanismos re duz os custos que as partes assumiriam para negociar mecanismos similares que deveriam ser adotados para cada novo contrato.[281]

1962 E quanto aos credores extracontratuais? Apesar de predominarem a frau de e o abuso de direito em matéria contratual, essas práticas podem ocorrer fora desse campo. A título de exemplo, cita-se a fraude consistente na tenta tiva de elidir uma regra jurídica que visa à proteção de terceiros. Da mesma forma, o exercício não razoável de um direito legal constitui abuso de direito. Desta perspectiva, acredita-se, a fraude e o abuso de direito podem oferecer certo grau de proteção aos credores extracontratuais contra os indesejáveis efeitos do princípio de imunidade dos acionistas.

1963 De seu lado, as contravenções a uma regra de ordem pública refletem o desejo do legislador de impedir que os acionistas enriqueçam por meio de atividades contrárias a normas imperativas que visam a reger a vida em

279. Easterbrook e Fischel, 1991.

280. Ver, por exemplo, Hibbein v. 2817161 *Canada Inc.*, J.E. 95-1145 (C.S.).

281. Kahan e Klausner, 1997, 719-729.

sociedade.[282] Isso visa a fazer com que as pessoas jurídicas respeitem as nor mas de ordem pública.[283] Para evitar a perda do privilégio da responsabilidade limitada, os acionistas terão interesse em fazer com que os administradores adotem medidas de prevenção cujo efeito é diminuir os custos que o Estado deveria incorrer para garantir a observância do conjunto de normas de ordem pública.

1964 Demais disso, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurí dica em caso de contravenções às regras de ordem pública pode melhorar o valor da indenização das vítimas na hipótese de insolvabilidade das pessoas jurídicas que o façam. Em muitos casos a contravenção às leis de ordem públi ca pode causar substanciais prejuízos às vítimas.[284] Assim, o reconhecimento desse motivo de desconsideração pelo legislador oferece potencial proteção aos credores extracontratuais.

1965 Finalmente, a noção de *alter ego* tem por finalidade garantir repartição eficiente dos riscos entre acionistas e terceiros que sejam afetados pelas ati vidades da sociedade. A eficiência da repartição de riscos entre acionistas e terceiros baseia-se em dois critérios: a capacidade de assumir as perdas e a de evitar os riscos.[285] Em relação à capacidade para assumir perdas, é difícil identificar quem, acionistas ou terceiros, atende às exigências do critério. De um lado, os terceiros não necessariamente têm carteiras suficientemente di versificadas para minimizar o impacto das perdas causadas pelas atividades das sociedades. Sendo este o caso, se as perdas representarem proporção re levante da sua riqueza, isso diminuirá sua capacidade para suportá-las.[286] De outro lado, num regime de responsabilidade ilimitada, cada acionista seria responsável pelo total das perdas das pessoas jurídicas em que tivesse inves tido. Ora, como visto anteriormente, os acionistas não teriam condições para diversificar os riscos que, desta forma, assumiriam.

1966 Diante da impossibilidade de chegar a uma decisão segundo o primeiro critério, o segundo, relativo à capacidade de evitar os riscos, ganha maior importância. Prevê que a responsabilidade pelo prejuízo resultante de uma atividade deveria ser imposta à parte que, ao menor custo, pudesse impedir a concretização de danos. A capacidade para reduzir ou evitar riscos derivados de atividades de uma sociedade depende dos custos de fiscalização e da possi bilidade de nela influir. A noção de *alter ego* tem como finalidade identificar os

282. Hansmann e Kraakman 2000, 1917.

283. Lopucki 1996: "*Liability is crucial because it is one of only two principal means by which governments enforce law"* (A responsabilidade é crucial porque é um de dois principais meios pelos quais os governos impõem as leis).

284. Ver, por exemplo, os prejuízos causados pelo amianto: Hensler 1985.

285. Calabresi 1970, p.35-129.

286. Leebron 1991.

acionistas que satisfaçam este segundo critério. O art. 317 permite desconsi derar a personalidade corporativa fazendo recair sobre o acionista que detém o controle e a utilize para, impunemente, praticar uma fraude, abuso de direi to ou violação de norma cogente. Em tal caso, o acionista, manifestamente, tem o poder de influir sobre a conduta da sociedade e impedir a realização do dano. Além disso, os custos de fiscalização são mais baixos uma vez que o próprio acionista é a parte a ser fiscalizada.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

1967 Os atributos fundamentais das sociedades por ações são de extrema sim plicidade. Ou seja, explicam o sucesso fenomenal desse tipo societário empre sarial na organização da produção. Como vimos, o fato de as anônimas serem pessoas jurídicas facilita a formação da rede ou nexo de contratos que organi za. Mais importante, ainda, cria uma barreira patrimonial com a limitação da responsabilidade dos acionistas. O limite da responsabilidade em benefício dos acionistas constitui fator determinante do desenvolvimento econômico por permitir que as sociedades reúnam o capital necessário para o financia mento de seus projetos de investimento nas melhores condições.

1967a. Nota da tradutora Cumpre observar que no direito brasileiro, salvo a sociedade em comum e a antiga sociedade em conta de participação, todos os demais tipos societários adquirem personalidade jurídica com o registro dos respectivos atos constitutivos nos registros competentes, conforme se jam sociedades empresárias ou não. Claro que isso não elide os esquemas de responsabilidade pessoal dos sócios. Entretanto essa responsabilidade será subsidiária, conquanto solidária e ilimitada.

1968 A par desses atributos fundamentais, o direito das sociedades oferece conjunto de normas destinadas a facilitar a formação do nexo de contratos. Há dispositivos que reduzem os custos de transação entre as partes ao evitar a tarefa de negociar e redigir bom número de cláusulas disciplinadoras de suas relações. Há, igualmente, dispositivos destinados a fixar as atribuições das partes evitando, desta forma, incertezas ligadas à legalidade de certas opera ções. Mais importante ainda, o direito das sociedades dispõe de conjunto de regras visando a conter o oportunismo das partes contratantes. Todos esses dispositivos têm um objetivo comum: criar quadro legal que favoreça a maxi mização de seu valor.

1969 Nada obstante o objetivo seja ambicioso, o direito das sociedades oferece soluções relativamente simples e flexíveis. Construído da perspectiva contra tual, o direito das sociedades tem amplo espaço para instrumentos de usos e costumes (soluções de mercado) e para a negociação entre as partes a fim de enquadrar o comportamento dos membros. Levar em conta instrumentos,

por vezes, legais e costumeiros nos leva à constatação da engenhosidade e potência do modelo contratual.

1969a. Nota da tradutora Diferentemente do exposto acima, no direito pá trio, após a entrada em vigor do novo Código Civil, parece que usos e cos tumes, instrumentos de que se valem os agentes econômicos para inovar, mediante tentativa e erro, foram banidos do direito societário que está enges sado pelas normas do Livro II da Parte Especial.

INDO ADIANTE

1970 Muitas obras permitem ao leitor ver a riqueza da análise econômica do direito das sociedades. Em francês, a obra de Crête e Rousseau intitulada *Droit des sociétés par actions*: *principes fondamentaux*,[287] estuda o direito cana dense das sociedades da perspectiva da teoria econômica, sob a óptica civi lista. Em inglês, destacam-se cinco obras por sua envergadura e importância. Em primeiro lugar, *The economic structure of corporate law*,[288] de Easterbrook e Fischel, em estilo simples e acessível, apresenta estudo dos principais regimes do direito das sociedades e dos valores mobiliários, fortemente influenciado pela teoria do nexo de contratos. Em segundo lugar, *Company law – theory, structure and operations*,[289] de Cheffins, apresenta os elementos fundamentais de análise econômica aplicados ao direito das sociedades para, em seguida, aplicá-los a questões, por vezes clássicas, como o papel da legislação, e con temporâneas, como a remuneração dos administradores. Em terceiro lugar, o recente volume de Bainbridge, *Corporation law and economics*,[290] que trata com detalhes da legislação sobre sociedades norte-americanas, concentrando-se no direito de Delaware, em face da teoria econômica. Em quarto lugar, em *The genius of american corporate law,*[291] Roberta Romano explica a influência da concorrência regulamentar sobre a qualidade do direito das sociedades nos Estados Unidos da América. Finalmente, com *The Anatomy of Corporate Law,*[292] Reinier Kraakman e outros oferecem obra de análise econômica do direito das sociedades sob perspectiva de direito comparado, que ressalta de maneira clara a lógica subjacente de cinco regimes nacionais a saber, o dos Estados Unidos da América, o do Reino Unido, da França, da Alemanha e do Japão, realçando suas convergências e divergências.

287. Crête/Rousseau, 2002 e Crête/Rousseau, 2008.

288. Easterbrook/Fischel, 1991.

289. Cheffins, 1997

290. Bainbridge 2002.

291. Romano 1993.

292. Krakmaan e outros 2004.

capítulo **8**

O direito dos valores mobiliários

1971 Nada obstante o estilo moderno, a história dos valores mobiliários é bas-tante antiga. Desde que surgiram projetos arriscados e de grande envergadu-ra, cujo financiamento não poderia ser garantido por uma família, passou a existir o desafio de equacionar o problema da mobilização de capitais a serem fornecidos por muitas pessoas.[1] O problema que se põe é o de inspirar sufi-ciente confiança nos "investidores" para que aceitem tornar seus recursos, seus capitais, disponíveis. Isto pressupõe ganhos suficientes e arranjos que controlem o potencial oportunismo daqueles aos quais é confiada a adminis-tração diária, cotidiana, desses recursos. Pode-se imaginar que tais condições foram reunidas bem cedo para que ocorressem as grandes expedições comer-ciais ou de colonização.

1972 Os primeiros financiamentos da história deixaram traços que remetem aos babilônios e sumérios, há mais de 3.000 anos.[2] Ao longo da evolução dos conceitos e instrumentos que, atualmente, formam a armadura do mercado financeiro, o aumento da exploração e do comércio marítimo no início da Re-nascença ocupa posto especial.[3] As viagens por mar requeriam a modelagem de estrutura jurídica que permitisse a mobilização de capitais junto a elevado número de investidores passivos, que não participavam da expedição, porém aceitavam assumir uma parte do risco a ela associado. Como resposta a tais necessidades, à época, surgem, como pioneiras, a sociedade por ações, com a
East India Company, na Inglaterra, e a *Vereenigde Oost-Indische Compagnie* (a so-ciedade das Índias Orientais), nos Países Baixos.[4] Paralelamente, o crescimen-to da capitalização das sociedades, juntamente com a dispersão dos títulos por grande número de investidores, criou condições favoráveis ao desenvol-vimento de mercados especializados que facilitavam sua circulação. Assim,

1. Rajan e Zingales 2004, p. 25-97.
2. Baskin e Mirandi, 1997; Goetzmann e Rouwenhorst, 2005; Micklethwait e Wooldrige 2003.
3. Baskin e Mirandi 1997.
4. Baskin e Mirandi 1997, p. 63-69; Frentrop 2002, p. 49-114.

nos Países Baixos, os títulos emitidos pela companhia das Índias Orientais, desde seu primeiro lançamento público com apelo à poupança popular, em 1602, foram admitidos pela Bolsa de Amsterdã, que já existia desde 1530. Na mesma época, na Inglaterra, os títulos emitidos pela *East India Company* eram admitidos na Bolsa de Londres, nas *coffee houses* de Change Alley. Progressi-vamente criadas em outras grandes cidades, as bolsas tornaram disponíveis os recursos necessários à expansão das sociedades por ações cuja utilização se propagava para criar as atividades que necessitavam de investimentos re-levantes. As bolsas constituíram o modelo sobre o qual foram organizados os contemporâneos mercados financeiros.

1973 Ainda que seja possível ver mercados financeiros organizados ao menos até a Renascença, a regulação dos valores mobiliários é relativamente recente. Se havia regras disciplinando a admissão em Londres desde o século XIII, foi necessário esperar até o século XIX para que emergissem as primeiras disposições sobre a emissão de ações.[5] Ancoradas na legislação das socie-dades, essas disposições não constituíam um conjunto de regras suficiente-mente completo para configurar verdadeiro direito dos valores mobiliários. A construção da moderna regulação dos valores mobiliários data do início do século XX.[6]

1974 Na América do Norte, a primeira geração de leis aparece no Meio-Oeste americano destinada a inibir os abusos, aparentemente, cometidos por pro-motores inescrupulosos frente aos fazendeiros da região. Segundo história popular, os promotores chegaram a vender parcelas do céu azul a investidores muito crédulos.[7] Tendo Kansas como o primeiro da fila, os estados dessa re-gião dos Estados Unidos da América adotaram leis destinadas a proteger os investidores contra si próprios.[8] A abordagem comum dessas leis, designadas coletivamente "*Blue Sky Laws*", era atribuir direito à autoridade governamen-tal relativamente à emissão de títulos. A autoridade poderia impedir a emis-são de títulos se entendesse que o emitente "não pretendia fazer negócios de forma justa e honesta" ou que "não prometeria rendimento justo para as ações, obrigações ou outros títulos ofertados".[9]

1975 A crise (*crash)* de 1929 levou a questionamentos dessa abordagem nor-mativa, estática, no regular o mercado de valores mobiliários, considerada

5. Loss e Seligman, p. ; Mahoney 2001.

6. Loss e Seligman p.; Grover e Baillie 1979, p. 349.

7. Armstrong 1997, p. 66-72; Macey e Milles 1991.

8. Macey e Milles 1991; Mahoney 2001.

9. Mahoney 2001, 4, citando a legislação de Kansas que empregava as expressões "*does not intend to do a honest and fair business*" (não pretende fazer um negócio honesto e justo) e "*does not promise a fair return on the stocks, bonds, and other securities by it offered for sale*" (não promete retorno justo sobre as ações, títulos ou outros valores mobiliários oferecidos à venda).

inadequada para tutelar os investidores.[10] O questionamento levou o Con-gresso norte-americano a aprovar, em 1933, o *Securities Act,* e, em 1934, o *Securities and Exchange Act.* As duas leis federais, que se tornaram a base para as regulações contemporâneas, modelam uma estrutura fundada na trans-parência visando a garantir que os investidores tenham toda a informação, verídica e pertinente, para a tomada de decisão. A relevância desse modelo foi observada pelo Juiz Brandeis, em linguagem colorida: "Consideramos que o sol é o melhor dos desinfetantes; a luz elétrica, o policial o mais eficiente."[11] Nesse modelo, na medida em que os investidores disponham de informações completas e exatas sobre as sociedades, não é necessário que o governo inter-venha para julgar a oportunidade dos investimentos.

1976 Embora seguindo diferente trajetória, a legislação canadense de valores mobiliários é inspirada na abordagem norte-americana. Após a aprovação de leis inspiradas no modelo da *Blue Sky,* progressivamente, os legisladores das províncias aderiram ao modelo da transparência.[12] Momento marcante dessa evolução foi a publicação do Relatório Kimber que, de modo claro, expôs a mudança de rumo da legislação canadense: "Não se trata de proteger o públi-co contra si mesmo; trata-se, sobretudo, de garantir que o público investidor tenha a informação completa que lhe permita diferenciar os vários e diferen-tes tipos de investimento disponíveis."[13]

1977 Ainda que difiram nos detalhes, as legislações canadense e norte-ameri-cana espelham filosofia e abordagem similares. Nos dois casos seus objetivos são amplos. A legislação visa à oferta pública em busca da poupança, quer dizer, a procura por recursos financeiros em situação de anonimato que se tra-duz pela emissão de títulos para investidores com os quais a empresa não tem vínculos. Rege, portanto, todas as dimensões das atividades de uma sociedade aberta, além do direito das sociedades.[14]

1978 Do lado francês, a utilização de valores mobiliários ocorre no século XIX. Ao permitir considerável afluxo de capitais para as sociedades industriais, os valores mobiliários trazem os meios econômico-financeiros necessários para a realização de projetos de grande envergadura. A expressão "valores mobiliá rios" surge na ordem jurídica francesa durante os trabalhos preparatórios do

10. Anderson 1974, 315-320; Armstrong 2001, p. 6-8; Grover e Bailie 1979, p. 371-378.

11. Brandeis 1914, p. 62: "*Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman.*"

12. Armstrong 1997; Gillen 1992, p. 70-78.

13. Relatório Kimber 1965, par. 1.12: "*This is not to suggest that the public must be protected against itself; rather, it is a matter of ensuring that the investing public has the fullest possible knowledge to enable it to distinguish the different types of investment activity available*."

14. A expressão "sociedade aberta" designa uma sociedade que fez apelo à poupança pública e cujos títulos podem ser cotados em uma bolsa de valores.

Código Civil. As noções de ações e valores mobiliários evoluirão, em seguida, para o significado hoje conhecido. Entretanto, como explica Trébulle, se a ação de uma sociedade foi objeto de definições ulteriores, o conceito de valor mobiliário evoluiu sem lei que o definisse.[15] Nesse quadro a doutrina contem-porânea se indaga a seu respeito.[16] Os elementos fundamentais resultantes de trabalhos científicos são os seguintes: são títulos que correspondem tanto a um empréstimo coletivo quanto ao contrato de sociedade; são títulos criados por pessoas jurídicas, oferecem rendas, são negociáveis e são sempre repre-sentativos de um compromisso em que há, em troca de uma prestação feita para a sociedade emissora, que esta, em contrapartida, entregue um título de sua emissão.[17]

1979 A partir do século XIX, os mercados financeiros franceses seguem, na sua evolução, duas grandes tendências. De um lado os profissionais exercem pa-pel essencial na edição de regras, papel este que se acentua no século XX.[18] De outro lado, os poderes públicos mantêm sua participação no desenvolvimen-to dos mercados financeiros. Tal como no direito norte-americano, a França testemunha movimento claro em prol de mais transparência dos mercados financeiros.

1980 Na União Europeia, a evolução dos valores mobiliários começou com a elaboração de moldura conceitual comum relativamente às noções básicas das operações bursáteis.[19] Em seguida, os Estados-membros forão levados a adotar as novas disposições relativas às sociedades que viessem a lançar ações para captar a poupança junto ao público. Progressivamente insculpida nas legislações dos Estados-membros, as regras perseguiam três objetivos: aplicar normas comuns às sociedades que fizessem apelo público à poupan-ça popular; assegurar transparência suficiente aos acionistas minoritários no momento do lançamento e do desenrolar de uma oferta pública de compra ou troca de ações; e garantir a confiabilidade e a completude das informações sob fiscalização de autoridades específicas. Entretanto, o exame das normas dos

15. Trébulle 2002, p. 11, Apesar de sua histórica consagração na lei de 29 de junho de 1872, relati-va a um imposto sobre a renda, a noção de valor mobiliário permanece – ainda hoje – um conceito de contornos incertos.

16. Ver os numerosos escritos sobre o tema e citados na obra de Trébulle, p. 19.

17. Nesse sentido, Trébulle 2002, p. 20.

18. Aidan 2001, p. 44; Rabut 1983.

19. Dois conceitos foram harmonizados pelo direito comunitário, principalmente por meio de diversas diretivas: o de valores mobiliários e o de mercado regulamentado. O direito comunitário tem definição precisa de valores mobiliários na Diretiva CEE 93/22, de 10 de maio de 1993, a res-peito de serviços de investimento (artigo 1.4). O segundo conceito é um “mercado que justifique um funcionamento regular, obedecendo a disposições aprovadas pelas autoridades competentes definindo, notadamente, as condições de entrada e de funcionamento do mercado em questão”. Artigo 1.13 da Diretiva CEE 93/22 de 10 de maio de 1993 sobre serviços de investimento.

Estados europeus que tenham mercado de bolsa demonstra que a elaboração de regras uniformes para as bolsas está distante. Em função dos sistemas eco-nômico e financeiro, de suas tradições jurídicas, um Estado elaborará normas mais ou menos flexíveis, mais ou menos completas, positivadas ou que se assemelhem a um código de ética, aplicado pelas autoridades controladoras dotadas de poderes mais ou menos importantes, sob controle de autoridades jurisdicionais especializadas ou não.

1981 Tanto na América do Norte quanto na Europa, a legislação sobre valores mobiliários é completada por normas emanadas das Bolsas. Como organiza-ções com competência autorregulatória, as bolsas têm poder para enquadrar as operações sobre títulos emitidos por sociedades que optem por nelas listá-las.[20] Na medida em que ultrapassem o campo, negocial, as regras bursáteis inci-dem sobre o direito dos valores mobiliários e o direito das sociedades. Por-tanto, a aplicação das normas regentes das companhias abertas se torna mais complexa.[21]

1982 Em face de tal emaranhado de regras, onde fica a contribuição da aná-lise econômica do direito? Em primeiro lugar, no plano conceitual. A teoria econômica permite compreender os elementos fundamentais dos mercados financeiros e neles situar o direito (Seção 1). Em especial, as finanças moder-nas destacam o papel central da informação no funcionamento do mercado. Explica o potencial e as limitações dos mecanismos de mercado na produção e disseminação da informação necessária para a tomada de decisões de inves-timento. Dessa perspectiva a teoria explica a evolução da abordagem regula-tória em prol de um modelo fundado na divulgação da informação.

1983 Em segundo lugar, a análise econômica do direito contribuiu para revita-lizar uma área de estudos que ficara esclerosada ao oferecer ferramentas para avaliar, de modo crítico, as escolhas regulatórias.[22] Levou, a partir dos traba-lhos de Henry Manne, à formulação de hipóteses audaciosas que puderam ser comprovadas por meio de estudos empíricos. Confirmadas ou rejeitadas, tais hipóteses alteraram, de forma radical, a compreensão do direito dos valores mobiliários. Assim a teoria econômica transformou ideias relativamente às

20. Em comparação "ao" mercado reservado da cota oficial e mercados organizados, "os" mercados de valores mobiliários correspondem aos mercados da cota oficial, ao conjunto de mercados or-ganizados por ou sob controle de autoridades competentes, assim como todas as operações sobre valores mobiliários, incluídas as de balcão. A Bolsa corresponde, sob esta ótica, ao conjunto de valores mobiliários admitidos ao mercado e das operações com tais títulos. De modo mais amplo, existem na França quatro tipos de mercados: A Bolsa de Paris, o Mercado Internacional a Termo da França (MATIF), o Mercado de Opções Negociáveis em Paris (MONEP) e o Novo Mercado (próxi-mo da Nasdaq norte-americana).

21. Kitch 2000.

22. Romano 2005.

obrigações de divulgação (Seção 2), a operações de *insiders* (Seção 3) e a ofer-tas públicas de compra (Seção 4).

Seção 1

A influência da moderna teoria financeira e a disciplina jurídica dos valores mobiliários

1. OS PILARES DA MODERNA TEORIA FINANCEIRA

1984 Os espetaculares avanços da economia financeira influíram fortemente sobre a evolução do direito dos valores mobiliários. Em 1952 os trabalhos de Markowitz levaram ao nascimento das finanças modernas ao desenvolverem a teoria de carteira.[23] Insistindo na importância do risco e do rendimento nas decisões de investimento, Markowitz explicou formalmente o papel da di-versificação nos investimentos. Fundamentalmente, a teoria mostrou que os investidores poderiam organizar carteiras eficientes para maximizar os rendi-mentos e minimizar, ou mesmo eliminar, os riscos.

1985 Afora seu caráter inovador, os trabalhos de Markowitz apresentam ques-tões muito interessantes quanto à função da regulação. A teoria da carteira oferece as bases da autonomia do investidor fundada na sua capacidade para administrar os riscos associados às aplicações em mercados financeiros. Ao mesmo tempo a teoria se distinguiu pela simplicidade, o que a torna acessível a qualquer investidor.

1986 Alguns anos mais tarde, a teoria da carteira avançou com Sharpe e Lint-ner.[24] Esses economistas elaboraram o modelo de avaliação de ativos fi-nanceiros (*Capital asset pricing model)*, cuja influência perdura até hoje.[25] As contribuições do modelo consistem em precisar a relação entre o risco e o rendimento ao distinguir duas categorias de risco: o risco não sistemático e o risco sistemático. O primeiro se refere a características e eventos específicos relacionados ao emissor dos títulos e que influem sobre seu valor, como, por exemplo, a celebração de novo contrato, a eclosão de uma greve ou a obtenção

23. Markowitz 1952.

24. Lintner 1965; Sharpe 1964.

25. Ver Breadley, Sick e Giammarino 1992; para crítica clássica, ver Roll 1977.

de uma patente. O segundo se refere à sensibilidade do título ao movimen-to geral do mercado financeiro. O interesse na distinção está no impacto da diversificação sobre essas duas categorias de riscos. Segundo o modelo, o impacto da diversificação permite eliminar o risco não sistêmico. Não afeta, entretanto, o risco sistêmico. Isso implica que os investidores não devem esperar receber um prêmio, rendimento mais elevado, para assumir riscos não sistêmicos. Em contrapartida, obterão um prêmio por assumirem o risco sistêmico. Dessa forma, segundo o modelo de avaliação de ativos financeiros, o rendimento de um título que compõe a carteira é, essencialmente, resultado do risco sistêmico. Dito de outra forma, o investidor que desejar obter rendimento elevado deve aumentar a proporção de risco sistêmico da sua carteira.

1987 Com apoio na teoria da carteira, o modelo de avaliação dos ativos finan-ceiros pôs em evidência o elemento fundamental de todo o regime aplicável ao mercado de valores mobiliários, a informação. Na medida em que os in-vestidores tenham acesso a informações completas, fidedignas e atualizadas, podem organizar carteiras eficientes. Em troca, isto permite que as empresas reduzam o custo de capital.

1988 Os avanços teóricos, por sua vez, foram acompanhados de regulamentos que tiveram início nos anos 1930, e cujo modelo privilegiava o reconheci-mento da autonomia do investidor. Todavia, seu impacto ficava sujeito a uma condição importante: os investidores deveriam ter acesso a toda informação necessária para avaliar os títulos, em especial o risco e rendimento esperado. Se tal condição não se consumasse, seria ilusório pensar que os investidores pudessem, realmente, organizar carteiras eficientes. O terceiro aspecto teóri-co, crucial para as finanças modernas, permitiu responder a esta dúvida com a hipótese da eficiência do mercado financeiro (*Efficient capital markets hypothe-sis).* Tendo em vista a importância dessa hipótese, ela será examinada a seguir.

2. A HIPÓTESE DA EFICIÊNCIA DO MERCADO

1989 Tanto do ponto de vista da teoria financeira quanto do da regulação, con-sidera-se que o investidor dispõe de ferramentas para tomar decisões que lhe permitam organizar uma carteira que satisfaça suas preferências por risco e retorno. Para que tais ferramentas funcionem, o investidor deve ser capaz de avaliar os títulos, o que significa ter acesso à informação completa sobre os emissores. Ou seja, é preciso que o investidor possa analisar a informação e determinar seu impacto sobre o preço dos títulos. Ora, considerando a diver-sidade de investidores podemos indagar se é realista pensar em autonomia. O desenvolvimento da hipótese de mercado eficiente veio atenuar essas in-quietações. Para compreender a hipótese, convém apresentar a noção geral de eficiência de repartição.

a. A repartição eficiente de capitais

1990 De modo geral, a eficiência remete à capacidade do mercado financeiro para direcionar os capitais para as empresas que tenham os melhores projetos de investimento e nas condições mais vantajosas.[26] Essa eficiência alocativa tem importantes consequências para a economia uma vez que se traduz em menores custos de financiamento. Um mercado eficiente permite que os pou-padores apliquem seus recursos a custo menor, o que maximiza o retorno que auferirão de seus fundos. As empresas que têm necessidade de financiamen-tos podem, a custo menor, satisfazer essas necessidades, o que reduz o custo de capital e estimula os investimentos.

1991 A eficiência da divisão gera exatidão na formação do preço dos valores mobiliários. Em mercado perfeitamente eficiente, o preço dos títulos reflete o valor intrínseco das empresas.[27] De acordo com o modelo de avaliação de ati-vos financeiros, o valor intrínseco (*fundamental value)* é estabelecido mediante o uso da informação referente aos elementos fundamentais que incluem o valor presente das receitas futuras das empresas e o risco sistêmico asso-ciado aos títulos. Dessa forma os investidores escolhem, preferencialmente, títulos de empresas com projetos que ofereçam perspectivas de rendimento mais elevadas em detrimento de títulos de empresas cujas perspectivas sejam menos boas.

1992 A exatidão do preço dos títulos também leva a uma alocação eficiente dos recursos na economia real ao dar indicações para o fluxo de capitais.[28] Os preços dos títulos determinam o custo de capital, o que constitui critério pri-mordial para decisões de investimentos das empresas.[29] As empresas fazem investimentos na medida em que eles criem valor. Ora, para criar valor, os in-vestimentos devem gerar rendas que excedam o custo de capital. Quanto mais elevado for o custo de capital, maior deve ser o resultado do rendimento para que a operação seja rentável.[30] Dessa forma, projetos de investimento pouco promissores não terão financiamento, pois o retorno não será suficiente para compensar o custo de capital incorrido pela empresa.

1993 A eficiência de divisão requer que o mercado seja eficiente sob os aspec-tos operacional e de informação.

26. Fama 1970; Fama 1991; Fischel 1978. Ver, também, De Vauplane e Bornet 2005, n. 345 e segs., p. 342 e segs.

27. Gillen 1994.

28. Barry 1981; West e Tinic 1975, p. 7.

29. Halpern e outros 1989, c. 16.

30. Johnson e Pazderka 1995, p. 90.

1994 A eficiência operacional tem relação com os custos de transação associa-dos à utilização do mercado.[31] Custos de transação incluem os custos de emis-são dos títulos para as empresas e aqueles associados à manutenção de um mercado secundário para tais títulos. Demais disso, incluem os custos que devem ser suportados pelos poupadores para fazer ou converter um investi-mento. Mais ainda, englobam os custos de informação associados a produção, aquisição, tratamento ou verificação da informação. Por derradeiro, a noção remete aos custos de conformidade com o regime regulatório existente para disciplinar o mercado. Em mercado eficiente, da perspectiva operacional, o conjunto de tais custos é o mínimo.

1995 A eficiência operacional tem papel importante na eficiência alocativa do mercado. Custos de transação elevados diminuem o rendimento dos investi-mentos e podem, dessa forma, desincentivá-los. Reduzem o atrativo do mer-cado financeiro para as empresas na medida em que aumentem os custos do financiamento. Enfim, influenciam a eficiência informacional do mercado por seus efeitos nos custos de informação.

1996 A eficiência informacional remete à capacidade do mercado de integrar, no preço dos títulos, a informação pertinente relativa às empresas. Nos anos 1970, a hipótese do mercado financeiro eficiente levou à audaciosa proposta de que os preços refletiriam toda a informação disponível relativamente aos títulos. Segundo a hipótese, a informação a respeito do rendimento e risco dos títulos disponível no mercado serve para avaliá-los, estimar seu valor, ou seja, está refletida no preço dos títulos. Portanto, crê-se, os preços respon-dem, rapidamente, a qualquer nova informação relacionada aos títulos tão logo esteja disponibilizada. A eficiência informacional permite que os inves-tidores estabeleçam e comparem o valor dos títulos a fim de direcionar seus recursos para aqueles que ofereçam as melhores condições. Empresas com "bons" projetos de investimento podem captar os recursos necessários em melhores condições, o que reduz seu custo do financiamento.

b. A hipótese de eficiência do mercado financeiro

1997 Segundo a noção de eficiência do mercado financeiro, toda informação disponível é utilizada para avaliar os rendimentos esperados dos títulos e, assim, determinar os preços.[32] A hipótese implica que os preços dos títulos tenham duas características. Que, rápida e de forma neutra, os preços se ajus-tem a qualquer nova informação. Em seguida que sejam imprevisíveis. Tratan-do dessas duas características, os pesquisadores comprovaram a validade da hipótese mediante observação dos movimentos dos preços dos títulos. Para tanto estudos empíricos examinaram três tipos de informação, a histórica, a

31. Williamson 1979, p. 1; Gilson e Kraakman 1984, 592-595.

32. Fama 1970.

pública e a privada. Os estudos determinaram três níveis de eficiência correspondentes a cada um dos tipos de informação: a eficiência fraca, a intermediá ria e a forte.

1998 O nível *fraco* de eficiência informacional é relacionado com a informação histórica no preço dos títulos. Um mercado com nível de eficiência informa-cional fraco não tem memória. Não é possível que os investidores estudem os movimentos passados dos preços para tentar prever o preço futuro de um título. Apenas uma nova informação que venha a ser divulgada pode alterar o preço do título. Ora, por definição, uma nova informação é imprevisível uma vez que não é conhecida. Os estudos confirmaram esta previsão da hipótese de eficiência do mercado ao demonstrar a inexistência de autocorrelação em sucessivas mudanças de preços dos títulos. De outra forma, para um dado tí-tulo, os preços anteriores não tinham qualquer relação com os preços futuros. Em resumo, os preços não podem ser previstos. Nenhuma regra permite pre-ver preços futuros. Os preços evoluem aleatoriamente, retomando a expres-são popularizada por Malkiel, na sua obra *A random walk down Wall Street.*[33]

1999 O nível intermediário de eficiência se refere à informação pública. Pela hipótese de eficiência, o preço atual dos títulos reflete, plenamente, toda in-formação pública disponível, seja ela "boa" ou "má". Além disso, a divulgação de nova informação tem efeito imediato sobre o preço na medida em que rele-vante para sua avaliação, quer dizer, na apreciação do risco e retorno. Muitos estudos de caso demonstraram que o mercado atingiria tal nível de eficiência ao reagir, rapidamente, à difusão de novas informações pelos emitentes. Em mercado com nível de eficiência informacional intermediário, os investidores podem confiar nos preços uma vez que refletem toda informação disponível. Esta característica do mercado leva a dois corolários.[34]

2000 Primeiro, o mercado é justo. Na medida em que o preço atual de um título reflete toda informação disponível, os investidores adquirem o título a preço que corresponde ao seu valor no momento da operação, considerada toda a informação disponível. Inversamente, os investidores que vendem o título obterão um preço que corresponde a tal valor. No momento das opera-ções não há ganhador nem perdedor, porque o preço é "justo", espelha o valor do título dado que toda informação está, publicamente, disponível.

2001 Em segundo lugar, o mercado é imbatível. Se o preço de um título reflete toda informação publicamente disponível, um investidor não obterá ganho em detrimento de outro salvo se souber mais do que todos. Essa situação só é possível se o investidor tiver informação privada. Isso ocorrerá, por exem-plo, se um *insider* tiver informação confidencial a respeito da sociedade. Fora disso, nenhum investidor dispõe de vantagem informacional relativamente

33. Malkiel 1999.

34. Brealey, Sick e Giammarino 1992, p. 312-335.

às operações. Não é possível, sistematicamente, obter ganhos com a nego-ciação de títulos que se acredite subavaliados. Salvo por sorte, o investidor não obterá ganho superior à avaliação do título após a divulgação de novas informações ao público. No longo prazo os investidores não podem reprodu-zir o desempenho do mercado ao negociarem. Qualquer tentativa de superar o mercado gera, apenas, despesas inúteis para os investidores.

2002 Finalmente, o nível de eficiência informacional elevado implica que os preços reflitam, rapidamente, o valor dos títulos tendo em vista a informação disponível, mesmo aquela privada, detida por *insiders*. Em mercado com esse tipo de eficiência, nenhum investidor dispõe de vantagem informacional. A informação privada a que tenha acesso está, já, integrada no título. Como exemplo, no caso de operações de tomada de controle, os estudos revelaram que o preço dos títulos objeto da oferta (meta) é avaliado antes do anúncio público da operação. Tal movimento indica que as pessoas que tenham infor-mação privada relativamente à operação negociam antes que o impacto do anúncio seja incorporado ao preço dos títulos.

c. Fatores que influenciam o nível de eficiência informacional

2003 A noção de eficiência informacional remete à velocidade com que a in-formação é integrada nas negociações dos títulos. Estudos empíricos indicam que os mercados de valores mobiliários geralmente atingem nível de eficiên-cia informacional intermediário.[35] O resultado é intrigante. Como pode esse nível ser atingido se a maioria dos investidores não compreende, realmente, a informação, mesmo que ela seja pública?

2004 Gilson e Kraakman identificam quatro mecanismos que permitem a in-tegração da informação aos preços dos títulos.[36] Primeiro o preço reflete, de imediato, a informação conhecida por todos os investidores, uma vez que suas operações a levam em conta ("*transações universalmente* informadas").[37] Em segundo lugar, a informação menos conhecida, seja em razão de sua di-fusão mais restrita, seja em razão de sua complexidade, rapidamente aparece durante as negociações dos títulos por meio das operações feitas por inves-tidores profissionais ("*transações profissionais*").[38] Um investidor profissional que disponha de tal informação a respeito de um título atuará para se be-neficiar de sua vantagem informacional, comprando se considerar que está

35. Alguns segmentos do mercado não dispõem dos atributos necessários para alcançar o nível in-termediário de eficiência informacional. Isso vale, também, para títulos de sociedades de pequeno e médio portes. No Canadá, ver Daniels e MacIntosh 1991.

36. Gilson e Kraakman 1984.

37. "*Uniformally informed trading*" – negociação uniformemente informada

38. "*Professionally informed trading*" – negociação profissionalmente informada.

subavaliado, ou vendendo na situação inversa. Uma vez que as operações do investidor profissional são de volume elevado, a operação será percebida e terá impacto imediato, fazendo com que o valor do título seja reajustado em função da informação por essa forma revelada. A velocidade desse ajustamen-to será decuplicada se muitos investidores profissionais operarem com base na mesma informação. Em terceiro lugar a informação privada, conhecida apenas por iniciados, é integrada mais lentamente no preço dos títulos. Isso ocorrerá na medida em que outros investidores a percebam. A informação pri-vada pode chegar a outros investidores por fatos voluntários ou involuntários. Também pode ser detectada por observação dos dados transmitidos por meio digital (*ticker tape)* da bolsa, que expõe os volumes e preços das operações realizadas com títulos listados ("*operações derivadas*").[39] Finalmente, a informação desconhecida é, lenta e imperfeitamente, integrada no preço dos títulos pela conjugação de efeitos de previsões formuladas pelos participantes do merca-do em relação a um título ("*transações informadas*").[40] De acordo com Gilson e Kraakman, as previsões são parte dos dados sobre os quais os investidores se baseiam para tomar decisões. Frequentemente tendem a ser heterogêneas e levam a diferentes avaliações dos títulos. Todavia, o jogo de operações fa-vorece a emergência de consenso. Na medida em que as operações sejam celebradas no mercado, previsões contraditórias relativas ao valor de títulos anular-se-ão. De outro lado, as concordes serão mantidas e se refletirão nas operações com o título. Dito de outra forma, as operações realizadas a partir de previsões acabam por levar à revelação de novas informações pertinentes e ligadas ao título, enquanto informações errôneas são descartadas nas opera-ções dos investidores em favor daquelas mais exatas.

2005 Em resumo, muitos mecanismos atuam para que uma informação seja integrada nos preços dos títulos. Tais mecanismos são complementares. Sua contribuição varia em função da distribuição inicial da informação. Assim, *operações universalmente informadas* atuam como forma de distribuição ampla da informação ao público. As *operações profissionais* interessam a toda informa-ção pública, mas têm papel mais importante uma vez que sua difusão é mais restrita. As *operações derivadas* interessam no que diz respeito a informações detidas de forma monopolista por um grupo de investidores. Finalmente, as *operações não informadas* permitem alavancar a informação prospectiva e as avaliações feitas pelos participantes do mercado. Não é preciso dizer que a eficácia desses quatro mecanismos é decrescente no integrar a informação na negociação dos títulos.

2006 A distribuição inicial da informação influi de forma significativa no nível de eficiência do mercado. Sua extensão determina a natureza do mecanismo que será considerado para permitir a integração da informação no preço dos

39. "*Derivatively informed trading*" – negociação derivadamente informada.

40. "*Uninformed trading*" – negociação sem informação.

títulos. A ampla distribuição da informação tornará mais fácil seu acesso para o conjunto de investidores, permitindo, dessa forma, que o primeiro meca-nismo atue. Diante de uma distribuição mais restrita da informação entre os *insiders* da sociedade, apenas o terceiro mecanismo poderá atuar para levar à integração progressiva da informação na negociação dos títulos.

2007 Põe-se, então, a questão sobre o que determina a distribuição inicial da informação. Essencialmente, o custo da informação constitui o fator central determinante de sua distribuição.[41] Em outros termos, a eficiência informa-cional do mercado depende do custo da informação para os investidores.

2008 Podemos distinguir três categorias de custo de informação.[42] A primeira consiste no custo de aquisição da informação. Para o emissor, o custo decorre da produção da informação. Para o receptor, é o custo necessário ao acesso à informação. O segundo custo é ligado ao tratamento da informação, feito por meio de ferramentas de informática, ou por meio de pessoas. Finalmente, há um custo associado à verificação da informação. O emissor deve se assegurar de que transmite ao mercado informação exata. O receptor deve determinar a confiabilidade e credibilidade da informação divulgada. Este elemento é im-portante uma vez que o emissor pode ser oportunista[43] e divulgar informações incompletas ou erradas para aumentar o preço dos títulos.

2009 Pode-se constatar que diversos mecanismos e técnicas apareceram no mercado de valores mobiliários para reduzir o custo de informação e aperfei-çoar a eficiência informacional. Em relação ao custo de aquisição, as empresas produzem a maioria das suas informações uma vez que podem fazê-lo de modo mais econômico do que os investidores cujos esforços seriam, inutil-mente, duplicados. As informações produzidas podem ser transmitidas dire-tamente aos investidores. Nesse caso, periódicos financeiros e tecnologias de informação permitem que as empresas reduzam o custo de difusão da infor-mação.[44] De acordo com a teoria da *sinalização (signalling)*, tratada no capítu-lo relativo aos contratos, é também possível que as empresas comuniquem, indiretamente, por meio de sinais que são custosos, informações impossí-veis de serem reproduzidas por emissores de menor qualidade.[45] Exemplo: os administradores investirem na sociedade mediante a subscrição de ações.[46] Quanto maior for o investimento feito, maior o risco assumido em função da resultante concentração de sua carteira. Consequentemente, os investidores inferirão que apenas administradores de empresas de qualidade podem se

41. Gilson e Kraakman 1984.
42. Ver Parte II, Capítulo 5.
43. Ver Parte II, Capítulo 7.
44. Langevoort 1992; Rousseau 2002.
45. Leland e Pyle 1977; Myers e Majluf 1984.
46. Leland e Pyle 1977.

permitir fazer tais investimentos, dado que esperam receber elevados rendi-mentos das aplicações.

2010 Analistas financeiros são instituições que surgem para reduzir custos as-sociados ao tratamento da informação.[47] Ao se especializarem na análise da informação financeira, esses intermediários desenvolveram um conhecimen-to superior ao dos investidores individuais. Além disso, a estrutura de suas atividades permite que aproveitem as economias de escala e de campo, o que diminui os custos associados ao tratamento da informação. Os investidores podem, dessa forma, recorrer a esses serviços para reduzir os custos de trata-mento da informação.[48]

2011 Finalmente, para reduzir os custos de verificação, as empresas podem recorrer aos serviços de intermediários independentes, que atestam a quali-dade assumindo o risco de perda de sua reputação.[49] A título de exemplo, uma empresa pode contratar os serviços de um analista de valores mobiliários que tenha muito boa reputação, para assegurar aos investidores quanto à integri-dade da informação sobre suas atividades que ele divulgue.[50] A empresa pode, ainda, recorrer a uma agência de classificação de créditos que opinará sobre sua solvabilidade, o que atende aos interesses de titulares de obrigações.[51]

3. A EFICIÊNCIA INFORMACIONAL E O VALOR DOS TÍTULOS: CAUTELA

2012 Se o mercado é eficiente sob o prisma informacional, como se explica o derretimento dos valores mobiliários das empresas de tecnologia da infor-mação (as conhecidas como *ponto com*) no final dos anos 1990? O preço dos títulos não refletia o valor das sociedades emissoras? Será que esses eventos refutam a hipótese de eficiência informacional do mercado?

2013 O estouro da bolha tecnológica ilustra a distinção que deve ser feita en-tre eficiência informacional (*informational efficiency*) e eficiência fundamental (*fundamental efficiency*) no mercado financeiro.[52] O conceito de eficiência in-formacional trata do tipo de informação integrado no preço dos títulos e a velocidade com que tal integração se processa. A eficiência informacional não significa que, necessariamente, o preço dos títulos reflita o valor subjacente. Dito de outra forma, o mercado pode ser eficiente do ponto de vista informa-cional ao reagir rapidamente no integrar uma nova informação ao preço dos

47. Langevoort 1990.

48. Rodier 1985.

49. Easterbrook e Fischel 1991, p. 292-293; Gilson e Kraakman 1984.

50. Booth e Smith 1986.

51. Rousseau 2006.

52. Guillen 1992, p. 60-61; Langevoort 1992; Stout 2002; Gilson e Kraakman 2003.

títulos. Porém, o preço dos títulos não constitui, necessariamente, a expres-são de seu valor fundamental, quer dizer, este não é resultado tão somente do valor presente dos fluxos financeiros e do nível de risco, como sugere o modelo de avaliação de ativos financeiros.

2014 Por que é assim? Muitos fatores podem explicar a diferença entre eficiência informacional e eficiência fundamental. Entre eles, a especulação. Na medida em que os investidores avaliam um título baseados na informação publicamente disponível, podem estar preocupados não em determinar o valor fundamental, e sim em especular com o preço. O economista John Maynard Keynes exem-plifica, para ilustrar o fenômeno da especulação, recorrendo a um concurso de beleza.[53] Suponha-se que os concorrentes devam escolher as seis pessoas mais bonitas dentre um conjunto com 100 fotografias. Conforme as regras do con-curso, o prêmio será atribuído à pessoa que tenha sido apontada, pelas demais concorrentes, como a melhor. Nesse contexto, os concorrentes escolherão fo-tografias de pessoas que, suponham, agradarão mais aos demais concorrentes
– que farão o mesmo tipo de análise – e não daquelas pessoas que considerem as mais bonitas. Da mesma forma, a especulação induz os investidores a ava-liarem um título não em função do que determina seu valor fundamental, mas estimando o valor que os outros investidores atribuirão a esse título.

2015 Além disso, a análise da informação feita pelos investidores pode ser in-fluenciada por vieses cognitivos, o denominado fenômeno da racionalidade limitada.[54] Exemplificando: a psicologia comportamental reconhece que as pessoas tendem a tomar decisões fundadas em informações recentes, as mais frescas na memória. Nos mercados financeiros, isso se traduz pela propensão dos investidores em acompanhar a moda. As pessoas tendem a superestimar sua capacidade de analisar a informação.[55] Dão pouca importância ao impacto do perigo (risco) nas "boas" decisões que tomam. Dessa forma, podem subes-timar o risco associado aos investimentos em valores mobiliários. Esses ele-mentos são tais que, se real e rapidamente incorporam todas as informações públicas disponíveis, o preço das ações não espelha, corretamente, a avaliação do valor fundamental dos títulos.

4. RESUMO

2016 O desenvolvimento da moderna teoria financeira acompanhou as mudan-ças dos anos 1930 fundadas na divulgação das informações. Lançou as bases de modelo regulatório que favorece a autonomia dos investidores ao enfatizar o papel central da informação. Ao mesmo tempo, enriqueceu a compreensão

53. Keynes 1936, p. 153-157.

54. Langevoort 1992; Shiller 2002. Ver também Parte I, Capítulo I.

55. Langevoort 2002.

dos mecanismos de produção e disseminação da informação, contribuindo para identificar o papel do direito.

2017 Entre as teorias que emergiram na esteira das finanças modernas, a hipó-tese de eficiência do mercado tem posição particular. Essa hipótese exerceu profunda influência no direito dos valores mobiliários. De forma caracterís-tica, Gilson e Kraakman observaram que toda discussão séria da regulação é baseada na hipótese da eficiência dos mercados. Ainda que nos estudos empíricos que testaram a hipótese haja nuanças, sua contribuição para uma reflexão sobre o papel do direito dos valores mobiliários permanece relevante, como se verá adiante.

Seção 2

Divulgação obrigatória da informação

2018 A atual regulação dos valores mobiliários se apoia no modelo de transparên-cia. E isso tanto no modelo norte-americano quanto no francês, no qual notamos recrudescimento das obrigações de divulgação. Segundo o modelo da transpa-rência, a função do direito consiste em fazer com que todos os investidores te-nham igual acesso à informação completa, verídica e atualizada relativamente aos emissores. De posse dessas informações, as pessoas podem tomar decisões de investimento informadas por meio de ferramentas financeiras modernas, reque-rer prestação de contas do emissor e detectar fraudes e malversações.

2019 O modelo se traduz pela imposição de obrigações de divulgação amplas e detalhadas para os emissores e participantes, tanto do mercado primário quan-to do secundário. Esse regime obrigacional pode surpreender à luz da discussão relativa à eficiência do mercado. Podemos perguntar qual é o papel de tais obri-gações num mercado eficiente. Veremos, adiante, que as obrigações de divul-gação contribuem para melhorar a eficiência do mercado. Entretanto é preciso ter presente que tais obrigações impõem custos, especialmente aos emissores. A melhora da eficiência informacional do mercado constitui, pois, um objetivo que deve ser analisado em face do objetivo da eficiência operacional.

1. AS OBRIGAÇÕES DE DIVULGAÇÃO NOS MERCADOS PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO DE VALORES MOBILIÁRIOS

2020 A divulgação de informações é a pedra de toque da regulação do merca-do de valores mobiliários.[56] Na América do Norte, de forma característica, a

56. Johnston e Rockwell 2003, p. 3-6.

legislação canadense tem regime de divulgação visando a promover os obje-tivos de eficiência do mercado e de proteção dos poupadores.[57] Na França, a informação financeira tornou-se elemento sensível e estratégico para as socie-dades. Por esse motivo, deve ser confiável. Sob este aspecto, para o governo francês, a lei é o meio privilegiado para regular a economia de mercado e impor transparência. De um e outro lado do Atlântico, as exigências regula-mentares aplicam-se tanto ao mercado primário quanto ao secundário.

2021 Quanto ao mercado primário, a legislação canadense exige que as em-presas que emitam e distribuam títulos ao público para obter recursos finan-ceiros elaborem um prospecto a ser submetido à Autoridade que disciplina os mercados financeiros.[58] Em princípio, o prospecto visa a transmitir aos investidores a informação necessária para que decidam utilizar (aplicar) seus recursos de forma esclarecida.[59] A preparação do prospecto deve seguir as regras previstas no que diz respeito ao conteúdo. Assim, o prospecto deve conter informações relativas à organização, atividades e projetos do emissor, descrição dos títulos a serem emitidos, bem como de qualquer fato importan-te relacionado ao emissor e suscetível de afetar o valor corrente dos títulos.[60]

2022 Encontram-se disposições similares na França, onde qualquer sociedade anônima que busque a poupança pública deve, antes da emissão das ações, publicar o prospecto. O documento deve conter “todas as informações que, considerando a natureza do emissor e dos instrumentos financeiros objeto da operação, sejam necessárias para permitir que os investidores avaliem, com conhecimento de causa, o patrimônio, a situação financeira, os resultados e perspectivas do emissor e de eventuais garantidores financeiros [...]. assim como os direitos ligados a tais instrumentos financeiros e suas condições de emissão”.[61] Assim como no Canadá, o prospecto é submetido à aprovação da AMF, que pode determinar a modificação de algumas informações ou o acrés-cimo de informações complementares.[62]

2022a. Nota da tradutora Regras similares existem no direito brasileiro. A competência para aprovar, ou não, uma oferta pública inicial (IPO) ou oferta pública para aquisição de controle pertence à Comissão de Valores Mobiliários,

57. Grover e Baillie 1979.

58. Art. 14, 15 L.V.M.

59. Johnston e Rockwell 2003 , p. 2-5, 73-74.

60. Art. 11, 13 L.V.M.

61. Arts. 212-7, e segs. Regulamento Geral da AMF, janeiro de 2007. Disponível em: <http:// www.amf-france.org/documents/general/7598_1 pdf>. Ver artigo L. 412-1 do Código Monetário e Financeiro.

62. Artigos L.612-8, alíena 1ª do Código Monetário e Financeiro, e 212-1 do Regulamento Geral da AMF, 2007.

como previsto na Lei nº 6.385/1976, que tem, demais disso, poder disciplinar em relação aos agentes do mercado.

2023 No mercado secundário, a legislação canadense impõe ao emissor sujeito à lei, ou seja, que faça apelo à poupança pública, um regime de divulgação da informação cujo objetivo é garantir acesso igual dos investidores a informação completa e atualizada referente aos emissores cujos títulos sejam negociados no mercado secundário.[63] Entre as principais disposições do regime, lembra-se a obrigação de informação periódica que requer que o emissor a ela sujeito produza e dissemine relatórios financeiros trimestrais e anuais, assim como demonstrações financeiras anuais.[64] A demonstração financeira anual, bem assim as intermediárias, deve ser acompanhada de relatório de gestão expli-cativo dos fatos que deram origem aos resultados e da atividade do emissor. Além disso, a lei impõe obrigações de divulgação de informação que podem ser solicitadas por procuradores[65] e das ofertas públicas de compra.[66] Somam-se a essas obrigações de informar periodicamente a "obrigação de informação ocasional", que requer que o emissor divulgue toda "mudança importante que possa influenciar de forma apreciável o valor corrente dos títulos ainda desconhecida do público".[67]

2024 No direito francês, o princípio da transparência impõe obrigações de divulgação análogas, as quais decorrem da Diretiva sobre Transparência da União Europeia.[68] Assim, o Código de Comércio e o Código Monetário e Fi-nanceiro exigem que as sociedades cujos títulos sejam admitidos à negociação em mercado regulamentado publiquem, a cada trimestre, informações sobre seus negócios. Essa informação financeira deve ser acompanhada de relatório, com as cifras do negócio, dos eventos e operações importantes, da situação financeira e dos resultados. Ao final do ano fiscal, a sociedade publica balan-ço anual e demais demonstrações, com relatório e contas finais e a destina-ção do resultado. Enfim, a obrigação de informar ocasionalmente exige que os administradores da sociedade cujos títulos sejam negociados em mercado

63. Art. 68. 73-80 L.V.M. Para descrição do regime, ver Johnston e Rockwell 2003, p. 85-109.

64. Art. 75-80.2 L.V.M. No direito francês, ver as obrigações de informar relativas às contas no art. L. 451-1 do Código Monetários e Financeiro, bem como o art. L. 412-2 do mesmo Código sobre obrigações de informar periódica e permanentemente.

65. Art. 81-83.1 L.V.M.

66. Arts. 119 e segs. L.V.M.

67. Art. 73 L.V.M.

68. *Diretiva 2004/109/CE sobre a harmonização das obrigações de transparência concernentes à informação sobre emissores cujos valores mobiliários sejam admitidos à negociação em mercado regulamentado e modifica-tiva da Diretiva 2001/34/CE.*

regulamentado comuniquem, "desde que possível", informação que advenha de mudança importante.[69]

2025 Uma vez que as obrigações de divulgação constituem elemento central da regulamentação dos mercados primário e secundário de valores mobiliários, a legislação prevê diferentes sanções para estimular os principais intervenien-tes do mercado a respeitarem as exigências regulamentares em matéria de divulgação.[70] As sanções são implementadas por meio de regimes legais de responsabilidade civil e penal, bem como sanções administrativas. As sanções legais são complementadas pelo regime de responsabilidade de direito civil em matéria contratual e extracontratual.

2. RAZÃO PARA AS OBRIGAÇÕES DE DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES

2026 A legislação sobre valores mobiliários impõe obrigações de divulgação mui-to detalhadas. O que explica a exigência dessas obrigações? Por que um regime simples de sanções, civis e penais, para reprimir a fraude e a transmissão de in-formações falsas ou enganosas é considerado insuficiente no mercado eficiente?

2027 Dois são os motivos habitualmente invocados para justificar a existência de obrigações de divulgação de informação no mercado: (a) a proteção dos poupadores; (b) o bom funcionamento do mercado.

a. A Proteção dos investidores

2028 A divulgação obrigatória da informação tem, tradicionalmente, sido justi-ficada pela necessidade de proteger os investidores.[71] É considerada mecanis-mo de proteção dos poupadores contra a fraude. Por se alimentar do segredo e da desinformação, a fraude será menos suscetível de ocorrer ao se impor às empresas a obrigação de divulgar informação verdadeira e completa. Muitos comentaristas notam que abusos decorrentes da falta de obrigação de divul-gar informações puderam ser praticados nos anos 1920 e 1930, nos Estados Unidos da América e no Canadá, por meio de manipulação dos preços, de comissões desmesuradas e conflitos de interesses.[72]

2029 Paralelamente, comentaristas insistem na limitação da proteção dos poupadores por meio de regimes de responsabilidade civil ou penal.[73] Nada

69. Artigos 223-1 a 223-5, Regulamento Geral da AMF, 2007.

70. Ver Rousseau e Crête 1999.

71. Grover e Baillie 1979, p. 349.

72. Seligman 1983; Anderson 1974.

73. Ver contra La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer 2006.

obstante reconheçam o aspecto dissuasivo desses regimes, consideram-nos inadequados, pois atuam *ex post,* ou seja, depois da perda ou fato danoso.[74] De outro lado, um regime de divulgação obrigatória da informação permite pre-venir a fraude *ex ante,* ao exigir que a informação divulgada pelos emissores seja submetida ao controle de um organismo regulador.

2030 Em segundo lugar, as obrigações de divulgação favorecem a distribuição equitativa da informação no mercado ao disponibilizar para os investidores, em tempo oportuno, todas as informações importantes e necessárias para suas decisões de investimento (*level playing field*). Um mercado que se au-torregulasse, atuasse por conta própria, não proveria os investidores com o mesmo acesso igualitário à informação, o que é injusto. Ao garantir o aces-so à informação, o regime de divulgação obrigatória protege os investidores menos informados da exploração, o que melhora sua confiança em relação ao mercado. Essa confiança, em contrapartida, assegura e reforça sua presença no mercado, o que beneficia o conjunto da sociedade.[75]

2031 Essas duas justificativas se baseiam na hipótese segundo a qual, sem re-gras, os investidores ficam sem defesa contra os emissores e os investidores informados. A posição deve ser analisada à luz da hipótese de eficiência do mercado. Há muitos mecanismos privados que oferecem proteção aos inves-tidores menos informados.[76] O problema de iniquidades ligado à dissimetria informacional entre investidores pode ser corrigido se aqueles menos sofis-ticados buscarem os serviços de intermediários que, por serem peritos, es-pecialistas, em matéria financeira, podem auxiliar na obtenção de resultados favoráveis. Se não puderem assumir tais custos, os investidores podem aplicar seus recursos por intermédio de investidores institucionais para se beneficia-rem das suas vantagens informacionais.[77] Podem, ainda, organizar carteiras diversificadas para obter o mesmo rendimento, com risco igual ao dos investi-dores sofisticados. Com essas abordagens, os investidores pouco sofisticados se beneficiam dos esforços dos investidores institucionais que exercem papel determinante na fixação dos preços nos mercados primário e secundário. De certa maneira, os investidores que escolhem permanecer no mercado, ainda que sejam pouco informados, parecem indicar que são indiferentes ao dese-quilíbrio informacional, considerados os custos e benefícios para corrigi-los.[78]

2032 A divulgação obrigatória da informação pode contribuir para proteger os investidores contra a fraude. Nada obstante, é preciso lembrar que o mercado

74. Johnston e Rockwell 2003, p. 7-8.
75. Johnston e Rockwell 2003, p. 6.
76. Easterbrook e Fischel 1991.
77. Easterbrook e Fischel 1991; Shulte 1988.
78. MacIntosh 1994.

oferece mecanismos para restringir a fraude.[79] Os bons emissores podem recorrer a diversos mecanismos para sinalizar sua qualidade e integridade aos investidores, como vimos atrás. Ou seja, o regime de responsabilidade que penaliza a transmissão de informação falsa ou enganosa completa esses mecanismos e protege os investidores, aumentando o custo da divulgação fraudulenta.

b. *A melhora na precisão do preço dos títulos*

2033 Outra razão invocada para justificar o regime obrigatório de divulgação visa à promoção do bom funcionamento do mercado.[80] Considera-se que o regime de divulgação seja necessário para melhorar a eficiência informacional do mercado ao favorecer a correta fixação do preço e, dessa forma, promover a eficaz repartição dos recursos na economia. Mais especialmente, os adeptos dessa teoria alegam que as imperfeições do mercado impedem que as redes privadas de informação a produzam na quantidade ótima.

1. A quantidade de informação produzida

2034 A informação relativa aos emissores pode ser assemelhada a um bem coletivo.[81] Uma vez que a informação esteja disponível, é difícil excluir um consumidor de sua utilização. Também é difícil ver a informação como bem divisível, objeto de parcelamento entre os investidores. A natureza de bem coletivo da informação tem como consequência a subprodução, uma vez que quem a produz poderá não levar em conta os custos para os consumidores. As pessoas estarão, pois, em posição de se aproveitar da utilização do bem sem assumir os custos de produzi-lo. No mercado de valores mobiliários, emissores e analistas financeiros podem ser afetados, de maneira relevante, por esse processo de carona. Os primeiros porque os concorrentes poderiam utilizar informações divulgadas relacionadas às oportunidades de produção.[82] Como exemplo, a divulgação do êxito de uma empresa com um novo produto, oportunidade em que potencial concorrente terá elementos que lhe permitam avaliar suas possibilidades de, igualmente, ser bem-sucedido se desenvolver produto similar. Para os segundos, a carona resulta da perda de controle sobre a busca, a demanda, por seus relatórios.[83] Os investidores podem se aprovei-tar das informações existentes nos relatórios preparados por analistas ainda que não tenham contribuído para seu pagamento. Tanto num caso quanto no

79. Beaver 1980; Easterbrook e Fischel 1984.

80. Fox 1997; Gilson e Kraakman 1984; Kahan 1992.

81. Ver Parte I, Capítulo 2.

82. Kitch, 1995.

83. Barry 1980; Mendelson 1978.

outro, dado que os produtores não conseguem recuperar inteiramente o valor econômico da informação produzida ou prestada, tenderão a reduzir os esfor-ços na pesquisa, comprovação e difusão da informação.[84]

2035 O regime de divulgação obrigatória da informação foi aprovado na expec-tativa de atenuar o problema da subprodução.[85] Ao impor que os emissores divulguem informação completa e atualizada sobre suas atividades, a legisla-ção combate os riscos da carona. Todas as empresas estão em igualdade de condições no que diz respeito ao acesso a relatórios a elas referidos. Dito de outra forma, a legislação reduz a desvantagem concorrencial associada à di-vulgação voluntária da informação.[86] O regime de divulgação obrigatória tam-bém diminui, para os profissionais do mercado, o custo marginal de aquisição e verificação da informação que prestariam.

2036 Paralelamente a superprodução de informação pode minar o bom funcio-namento do mercado. Isso porque os participantes do mercado, inutilmente, usam recursos para acumular cada informação relativa aos emissores.[87] A di-vulgação obrigatória da informação impõe aos emissores o custo de produ-zi-las e transmiti-las ao mercado. O custo de produção é assumido uma vez, pelos emissores, e não múltiplas vezes pelos investidores e analistas.

2037 Apesar do atrativo desses argumentos, consideramos que a regulação ape-nas equaciona o problema do bem coletivo. Há outras soluções de mercado. Há mecanismos privados que permitem atenuar a subprodução de informa-ções.[88] Como exemplo, os emissores podem participar de mercado secundário organizado, uma bolsa de valores, que imponha obrigações para registro e cuja observância ateste sua qualidade.[89] A subprodução de informação pode, dessa forma, ser corrigida pelo mercado. As operações de investidores reve-lam ao mercado a informação que reuniram, o que elimina a necessidade de os demais fazerem as mesmas pesquisas. Da mesma forma, os intermediá-rios financeiros podem ter papel na coletivização da produção de informação. Exemplo: no caso de oferta feita para atrair a poupança popular, corretores de valores mobiliários e auditores certificados reúnem informações relacio-nadas aos emissores e as divulgam para o mercado, ligando, dessa forma, sua reputação à emissão. Os custos associados à coleta de informações são únicos. Essa informação é transmitida ao mercado por meio de simples sinal reputacional.

84. Coffee 1984.
85. Coffee 1984.
86. Elliot e Jacobson 1994; Leuz e Wysocki 2006.
87. Coffee 1984.
88. Easterbrooke Fischel 1991, p. 291; Gilson e Kraakman 1984.
89. Affleck-Graves e outros 1993; Macey e Kanda 1990.

2038 Embora pertinente, o problema do bem público tem escopo restrito para justificar o regime de divulgação obrigatória, ainda mais que o regime tem falhas. Difícil para o regulador determinar a quantidade de informação que os emissores produzirão em mercado que funciona de forma eficiente.[90] Essa tarefa tem que ver com a avaliação da riqueza, da tolerância ao risco e crenças dos investidores, o que requer significativo conhecimento pelas autoridades. É complicada pela tendência dos investidores de subestimar sua demanda pelo bem coletivo que é a informação.[91] Consequentemente, é possível que a legislação imponha a divulgação de informação cujo custo de produção exceda seu valor para os investidores.

2039 Demais disso, o regime de divulgação obrigatório pode constranger os emissores a divulgar informação, mesmo que não sejam seus mais eficientes produtores. É assim em relação à informação que não se refira a um emissor especificamente, mas que seja essencial para a avaliação de investimento.[92] Esse tipo de informação pode ser produzido a menor custo por analistas fi-nanceiros ou investidores institucionais que se beneficiam de economias de escala e diversidade no âmbito de suas operações.[93]

2. Interesse e aptidão dos emissores para divulgar informação completa e verídica

2040 Teoricamente, os emissores têm interesse em divulgar a mais completa informação sobre suas atividades.[94] A divulgação reduz os custos informacio-nais dos investidores. Também contribui para reduzir os custos de agência ao facilitar a fiscalização dos administradores pelos investidores. Constitui, enfim, meio para que os emissores de boa qualidade se diferenciem dos ou-tros. Dito de outra forma, a divulgação da informação gera benefícios para os emissores, os quais se traduzem por avaliação mais favorável dos preços de seus títulos. Qualquer emissor que procure maximizar valor transmitirá aos investidores informação completa para obter a melhor avaliação possível de seus títulos.[95]

2041 Desta perspectiva, qual é a função do direito em matéria de divulgação da informação? Para responder à questão, é preciso incluir uma primeira dimen-são ainda não tratada: os custos da divulgação. Se esses custos forem altos, os emissores não terão interesse em, voluntariamente, proceder à divulgação

90. Beaver 1980.
91. Schulte 1988; Mendelson 1978.
92. Cunningham 1994.
93. Gilson e Kraakman 1984.
94. Benston 1973; Stigler 1964.
95. Grossman 1981.

da informação. Os custos de divulgação incluem os de fidelização (*bonding costs*).[96] Uma vez divulgada a informação, os emissores incorrem em custos para convencer os investidores da veracidade da informação divulgada. Po-dem, para tanto, recorrer a intermediários independentes que certifiquem a qualidade da divulgação. No mercado primário os emissores têm, ainda, pos-sibilidade de recorrer a corretores e auditores cujos relatórios mostram sua qualidade aos investidores.[97] No mercado secundário, os auditores têm mes-ma função no que diz respeito à situação financeira dos emissores.[98]

2042 O direito reduz os custos dos mecanismos de fidelização por força da regra que impede a transmissão de informações falsas ou enganosas.[99] As san-ções servem para dissuadir os emissores de mentirem sobre a qualidade. Isso diminui a amplitude das verificações que os intermediários independentes fariam e, consequentemente, os custos de seus serviços.

2043 Em segundo lugar, a divulgação cria custos na medida em que se trate de informação confidencial cuja revelação seja suscetível de prejudicar a posição concorrencial do emissor.[100] Neste caso, um emissor não divulgará nível óti-mo de informação para o investidor ainda que isso afete a avaliação de seus títulos. A única forma de levar o emissor a fazer tal divulgação é garantir que todos os outros emissores farão o mesmo. Todos os emissores assumem, portanto, os custos e riscos da divulgação ampla de suas atividades. Sob este ângulo, o direito ameniza o problema de bastião que resulta das externalida-des negativas associadas à divulgação de informação confidencial, ao prever regime de divulgação obrigatória.[101]

2044 Para analisar inteiramente o papel do direito em matéria de divulgação, é preciso integrar outra dimensão ao modelo de divulgação voluntária. Esse modelo se baseia no postulado de que as decisões tomadas pelo emissor le-vam em conta pessoas que visam a maximizar o valor. Esse postulado, po-rém, ignora o problema do oportunismo nas sociedades abertas, que pode comprometer tal objetivo.[102] Concretamente, o problema pode levar os ad-ministradores ou acionistas controladores a restringir a divulgação de forma a se aproveitarem das assimetrias informacionais para suas estratégias opor-tunistas.[103] Como exemplo, numa sociedade com base acionária dispersa, os

96. Hertig, Kraakman e Rock 2004, p. 204-205; Ferrell 2004.

97. Rousseau 2000.

98. Crête, Bédard e Rousseau 2004.

99. Easterbrook e Fischel 1991, p. 283; La Porta e outros 2006.

100. Kitch 1995. 848-855.

101. Easterbrook e Fischel 1991, p. 291. Ver Parte II, Capítulo 5.

102. Ver Parte I, Capítulo 2 e Parte II, Capítulo 5.

103. Coffee 1984, 738-743; Hertig, Kraakman, Rock 2004, p. 204-205; Ferrell 2004.

administradores não têm interesse em divulgar más novas que possam ter consequências negativas sobre sua remuneração ou sobre a garantia de seu emprego. Em sociedade de base acionária concentrada, o controlador pode-rá restringir a divulgação de informações para se aproveitar da opacidade e desviar a riqueza da empresa para si.[104] Um regime de divulgação obrigató-rio pode, portanto, não apenas se prestar a reduzir o risco de oportunismo como, também, fazer com que melhor nível de informação seja transmitido aos investidores.[105]

3. Padronização

2045 A divulgação obrigatória de informação pode gerar efeitos de rede positi-vos ao impor a padronização da apresentação da informação.[106] A padronização reduz, para os investidores, custos de coleta e comparação da informação.[107] Também diminui o custo dos serviços de consultoria dos emissores, que po-dem desenvolver formas apropriadas de elaboração dos documentos de di-vulgação. Conforme modelo de Gilson e Kraakman, a redução de custos é fonte de maior difusão da informação e, demais disso, de melhor avaliação dos títulos.

c. RESUMO

2046 Da perspectiva teórica, a melhora dos preços dos títulos constitui justi-ficativa plenamente satisfatória para o regime de divulgação obrigatório. En-tretanto, os críticos observam que o regime impõe custos aos emissores, os quais devem ser considerados para avaliar a real contribuição das obrigações de divulgação. Em suma, segundo os críticos, tais obrigações impõem custos adicionais aos emissores sem que, verdadeiramente, contribuam para melho-rar a eficiência informacional.

2047 Do ponto de vista empírico, os estudos realizados permitem sustentar as posições dos defensores e detratores do regime de divulgação obrigatória.[108] Recentemente, diante dos resultados, foi preciso admitir que os estudos em-píricos, provavelmente, não poderiam pautar os debates entre as vantagens e desvantagens e os custos destas.[109] Nada obstante, os estudos chamam a aten-ção para a necessidade de ter presente o papel das redes privadas de informação

104. Leuz e Wysocki 2006, p. 197-198.

105. Ferrell 2004; Mahoney 1995.

106. Easterbrook e Fischel 1991, p. 291.

107. Hertig, Kraakman e Rock 2004, p. 205-206.

108. Benston 1973; Friend e Herman, 1964; Jarrell 1981; Simon 1989; Stigler 1964. Para revisão recente da literatura ver Leuz e Wysocki. 2006.

109. Fox 2001; Hertig, Kraakman e Rock 2004, p. 205.

quando se reflete sobre a divulgação da informação.[110] Demonstram, ainda, o custo da divulgação. Na verdade, é preciso reconhecer, os custos derivados do regime de divulgação obrigatória podem exceder as vantagens. Dessa forma, é possível que o mercado não possa ir além de um nível imperfeito de divulga-ção da informação, mesmo com o viés regulatório.[111] Nesse sentido, a recente experiência norte-americana da Lei *Sarbanes-Oxley* é eloquente. Os custos im-postos por exigência dessa lei em matéria de divulgação parecem ter induzido as empresas norte-americanas ou a voltar à condição de sociedade fechada, ou a fazer emissões em mercados cuja legislação seja menos exigente.[112]

Seção 3

A regulação das operações de *insiders*

2048 Lembrar as operações de *insiders* faz vir à mente, de imediato, as imagens de Ivan Boesky e, mais recentemente, de Martha Stewart, que foram manche-tes de jornais em épocas diferentes, por terem negociado enquanto tinham informação privilegiada, informações de "bastidores" de uma dada sociedade. Como esses dois casos demonstraram, as operações de *insiders* produzem, es-pontaneamente, o opróbrio do público, consideradas que são como contrárias à ética, isto é, imorais. Se o direito enquadra, por vezes até proíbe, operações de *insiders*, é porque são imorais? Esta seria, sem dúvida, a explicação tradicio-nalmente oferecida pela doutrina norte-americana para sustentar a regulação de operações de *insiders.* Mais especialmente, a doutrina e a jurisprudência explicaram que tais operações deveriam ser proibidas, pois atentavam con-tra o princípio segundo o qual os investidores deveriam ter igual acesso à informação.

2049 Em 1966, Henry Manne questionou a ideia ao publicar a obra *Insider tra-ding and the stock market*,[113] verdadeira trovoada em céu azul. Manne propôs que se permitissem operações de *insiders*, que considerava benéficas para o mercado. A proposta de Manne foi recebida de forma muito hostil por auto-res que a contestaram fortemente.[114] Ainda que até agora seja difícil resolver, com segurança o debate então iniciado, é preciso reconhecer que a obra de

110. Gillen 2006.

111. Mintz 1997.

112. Leutz, Triantis e Wang 2006; Litvak 2005.

113. Manne 1966.

114. Mendelson 1969; Schotland 1967.

Manne contribuiu para a retomada das pesquisas em direito das sociedades e dos valores mobiliários que, à época, estavam adormecidas, demonstrando a pujança da análise econômica nesses campos.

1. OPERAÇÕES DE *INSIDERS* – O CONJUNTO DE REGRAS

2050 O direito dos valores mobiliários enquadra, de forma especial, as pessoas que, em relação a dado emissor, têm informação privilegiada, os *insiders.* As regras impõem que tais pessoas informem sua condição perante um dado emissor. No Canadá, a lei exige, das pessoas que estejam nessa posição pe-rante uma companhia aberta, inicialmente que exponham o fato de terem ações da sociedade.[115] Nos dez dias subsequentes devem informar eventual modificação da posição acionária. O mesmo se dá, de forma similar, na Fran-ça, em que pessoas que adquiram ações votantes que lhes confiram posição acionária específica devem informá-lo ao público nos cinco dias subsequentes à aquisição.[116]

2051 Ou seja, de um e de outro lado do Atlântico a lei veta aos *insiders,* sejam eles primários ou secundários, que atuem em relação a companhias abertas.[117] A legislação proíbe que negociem com títulos do emissor se tiverem infor-mação dita "privilegiada".[118] Não podem, sequer, comunicar a terceiros essa informação, ou seja, dar "dicas".[119] Informação privilegiada é aquela ainda não conhecida do público, mas que deverá sê-lo, sob pena de afetar a decisão de um investidor racional. As pessoas que violarem essas proibições estarão sujeitas a sanções administrativas, cíveis e penais.[120]

115. Art. 89 e segs. L.V.M. Os *insiders* sujeitos à obrigação de informar são o emissor, suas subsidiá-rias, os seus administradores, e os das subsidiárias, assim como qualquer pessoa que detenha 10%, no mínimo, de ações de uma espécie emitidas por aquela companhia, sejam elas ações ordinárias ou preferenciais sem direito de voto. Se o titular das ações for pessoa jurídica, seus administrado-res estarão, também, submetidos à obrigação de informar.

116. Art. L. 233-7 do Código de Comércio. As proporções especificadas são de 5%, 10%, 20%, 33%, 50% e 67% das ações com direito de voto.

117. O *insider* primário é a pessoa que, em razão de sua atividade profissional, tem informação privilegiada. O secundário é a pessoa que dispõe da informação recebida de um *insider* primário. Ver Diretiva 65/592, de 13 de novembro de 1989 (*JOCE* L. 334, de 18 nov. 1989, p. 30). No di-reito canadense, para fins de proibições, a lei define *insider* de forma ampla incluindo não apenas as pessoas submetidas à obrigação de informar, como também as que dispuserem de informação privilegiada, pouco importando a forma pela qual tenha sido obtida.

118. Art. 187 L.V.M; art. L. 465-1 do Código Monetário e Financeiro.

119. Art. 188 L.V.M; art. L. 465-1, alínea 3, do Código Monetário e Financeiro.

120. Arts. 204, 208.1, 273.1 L.V.M.; art. L. 465-1, alíneas 1 e 2, do Código Monetário e Financeiro.

2. HÁ FUNDAMENTO PARA PROIBIR OPERAÇÕES DE *INSIDERS*?

a. Discussão da fórmula de Manne

2052 Manne sustenta, na sua obra, que as operações de *insiders* não são repro-váveis, como se entendia à época. Elas contribuiriam para a eficiência ao fa-vorecerem a revelação de informações confidenciais para o mercado. De outro modo, constituiriam forma de remuneração eficiente para os empresários.

1. A contribuição das operações de insiders *para a eficiência do mercado*

2053 Nos mercados financeiros, os investidores utilizam a informação publica-mente disponível para avaliar os títulos. Como o mercado não atinge o maior nível de eficiência, a estimação do valor dos títulos constitui aproximação do seu real valor em virtude da existência de informações privadas relativas aos emissores. Os investidores não têm acesso a essas informações privadas, mas pertinentes aos títulos. Mais ainda, é difícil e custoso para os investidores de-codificar indiretamente a existência e natureza das informações privadas. Da mesma forma, os custos dos títulos podem estar desviados de seu real valor. Esse desvio prejudica a alocação eficiente de capitais por via do mercado e, mais genericamente, a alocação eficiente dos recursos pelas empresas.

2054 Embora vise a melhorar a eficiência do mercado na sua apreciação do valor dos títulos, a regulação dos valores mobiliários tem disposições que permitem a retenção de informação relevante pelos emissores. No direito canadense, a regulação impõe a divulgação imediata apenas de mudanças relevantes. Os fatos importantes que possam ocorrer nas atividades dos emissores não são objeto dessa obrigação, apesar de relevantes perante os investidores. Mais, o regramento permite ao emissor obrigado a informar, que retarde a divulgação de modificação importante se a alta administração considerá-la prejudicial e acredite, fundamentadamente, que nenhuma operação tenha sido ou será feita com base nos dados ainda desconhecidos do público. Se um emissor se prevalecer dessa disposição há, claramente, descolamento entre o preço dos títulos fixado no mercado e seu real valor se a informação relevante que per-maneceu privada fosse conhecida. Esse descolamento pode ser considerável se a informação de que se trate for importante. Como exemplo, em uma das operações ilegais de *insiders* mais conhecidas na América do Norte, *Texas Gulf Sulphur*,[121] a sociedade iniciara a exploração mineral na região de Timmins, na província de Ontário, no Canadá, no final de 1963. Após as prospecções, as análises iniciais indicavam enorme potencial das áreas prospectadas. Alguns meses após ter adquirido os direitos de exploração dos terrenos, em abril de 1964, a sociedade anunciou a descoberta do veio. Ora, do outono de 1963

121. SEC v. *Texas Gulf Sulphur Co.*, 401 F. 2d 833 (2 Cir. 1968).

à primavera de 1964, *insiders* adquiriram ações ou opções da sociedade. No momento das compras os títulos eram negociados entre 18 e 25 dólares ca-nadenses. Após a divulgação da descoberta, quatro meses mais tarde, o valor dos títulos era $ 31. Um mês após a divulgação os títulos alcançaram o preço de $ 58. Os *insiders* que negociaram enquanto tinham informação privilegiada foram considerados responsáveis perante aqueles investidores dos quais ad-quiriram os títulos.

2055 O art. 13 da diretiva 89/298/CE do Conselho da União Europeia, de 17 de abril de 1989, que coordena as condições de controle e difusão a serem publicadas nos prospectos em caso de oferta pública de valores mobiliários,[122] tem disposição similar. Os Estados-membros, ou as instituições que venham a designar, podem dispensar a inclusão, em caso de oferta pública de valores mobiliários, no prospecto, de certas informações previstas na diretiva, desde que sua divulgação seja contrária ao interesse público ou possa impor grave prejuízo ao emissor, e que, no último caso, este fato não induza em erro a res-peito dos fatos e circunstâncias essenciais para a avaliação dos títulos. No di-reito francês, o regulamento da prevê, no art. 212-18, que certas informações podem, desde que fiscalizadas pela AMF, deixar de ser incluídas do prospecto se sua divulgação puder impor grave prejuízo ao emissor, e sua omissão não induzir os interessados em erro.

2056 Manne, na sua obra, observou que as operações de *insiders* permitem re-solver o descolamento entre o preço dos títulos e seu valor real sem prejudicar os interesses dos emissores.[123] Os *insiders* que negociam no mercado com base em informação privilegiada revelam esse descasamento de forma indireta. Os investidores, mediante observação dos preços e volume de operação com os títulos, o deduzem. Graças a esse processo, os emissores podem transmitir a informação aos investidores em contexto no qual a divulgação pública dire-ta não seria mais vantajosa, na verdade destruiria valor, seria muito custosa ou poderia dar causa a responsabilidades por ser incerta.[124] De acordo com Bainbridge, o caso *Texas Gulf Sulphur* ilustra esse fenômeno de modo eloquen-te.[125] Entre a data da descoberta da mina e sua divulgação ao público, o preço dos títulos da sociedade valorizou 12 dólares, sem que qualquer informação fosse prestada ao público a esse respeito.[126]

2057 A originalidade do debate de Manne está em justificar a liberalização das operações de *insiders* apontando sua contribuição para a eficiência dos mer-cados. Segundo Manne, as operações de *insiders* são espécie de substituto à

122. *JO* n. I. 124, 5 maio, 1989, p. 8.

123. Manne 1966, 80-90. Ver, ainda, Easterbrook e Fischel 1991, 256-257.

124. Carlton e Fischel 1983, 868.

125. *SEC v.Texas Gulf Sulphur Co.*, 401 F.2d 833 (2 Cir. 1968).

126. Bainbridge 2002, p. 588.

divulgação direta pelos emissores. No modelo, as operações derivadas são elo da cadeia de transmissão entre informação privada que motiva as operações dos *insiders* e a apreciação do valor dos títulos. Ainda assim essa tese é objeto de críticas.[127]

2058 As operações dos *insiders* podem criar distorções no processo decisório dos administradores e prejudicar a divulgação de informações.[128] É preciso lembrar que os ganhos gerados por tais operações decorrem da existência de informação privada. Os *insiders* têm, pois, interesse em não divulgar informa-ção relevante por eles detida, uma vez que ela é fonte de ganhos. Dessa forma, a possibilidade de realizar tais operações pode atrasar a divulgação, pelos ad-ministradores, de informação ao público.

2059 Ou seja, o modelo de Manne subestima a eficiência das operações deriva-das como mecanismo de difusão da informação.[129] Pode ser muito oneroso e difícil para os investidores detectarem as operações de *insiders*, em especial os que decidirem dissimulá-las atuando por meio de intermediário que empresta o nome ("laranja").[130]

2060 Finalmente, as operações de *insiders* constituem mecanismo de divulga-ção para categorias restritas de informação. Entre elas apontamos a informa-ção prospectiva, as más novas para os administradores e as boas novas cuja divulgação não possa ser imediata, sem pôr em risco as operações a elas rela-cionadas.[131] Em relação a outros tipos de informação, a divulgação tradicional é suficiente.

2. Operações de insiders *como forma de remuneração de administradores*

2061 Conforme Manne, as operações realizadas por *insiders* devem ser permiti-das uma vez que constituem forma de remuneração eficiente dos "empreen-dedores" nas grandes sociedades.[132] Para entender a justificativa, é necessário distinguir entre administradores e "empreendedores". Os primeiros se satis-fazem em administrar os negócios sociais segundo as diretrizes preestabele-cidas. Os outros contribuem para a criação de valor na sociedade produzindo novas informações. Para serem estimulados a produzir essas novas informa-ções, os empreendedores devem receber remuneração que reflita sua con-tribuição para a criação de valor. O procedimento contratual não permite

127. Para visão do conjunto de críticas, ver Beny 2006.

128. Kraakman 1991, p. 52.

129. Bainbridge 2002, p. 590.

130. Exemplo recente dessa estratégia, mesmo havendo proibição de operação de *insiders*, está em *Ontario Securities Commission v. Rankin*, 2006 CanLII 49283 (ON S.C.).

131. Kraakman 1991, p. 50.

132. Manne 1966, p. 116-119.

garantir remuneração que produza esse efeito estimulador. De um lado é difí-cil identificar, antecipadamente, o valor de uma informação para a sociedade e integrá-lo na remuneração contratualmente ajustada. De outro lado, a rene-gociação de remuneração contratada a fim de considerar a produção de novas informações é custosa e pode levar as partes a adotarem comportamentos es-tratégicos.[133] Para Manne, as operações dos *insiders* seriam meio paliativo para essas lacunas e permitiriam remunerar os empreendedores que criem novas informações. Os empreendedores poderiam ser remunerados pelos seus es-forços adquirindo títulos antes da divulgação da informação, vendendo-os após o aumento do preço.

2062 A tese de Manne foi, em seguida, refinada e incluída na teoria de agência. Segundo Carlton e Fischel,[134] as operações de *insiders* constituem mecanis-mo disciplinar que serve para conter o oportunismo dos administradores. Claro que há muitos mecanismos disciplinadores. Carlton e Fischel creem haver falhas que limitam sua eficácia. A remuneração dos administradores é meio interessante para alinhar os interesses dos administradores com os da sociedade, como vimos anteriormente. Nada obstante, é insatisfatória. A remuneração precisa ser ajustada periodicamente, uma vez que é estabelecida em face de informações imperfeitas concernentes aos esforços dos adminis-tradores e aos resultados obtidos. Para Carlton e Fischel, as operações de *insiders* são mais eficientes para alinhar os interesses de administradores e sociedade. Concretamente, essas operações permitem que os administradores ajustem sua remuneração em função das novas informações que produzam e que criem valor para a sociedade.

2063 O papel das operações de *insiders,* seja como forma de remuneração, seja como mecanismo de controle do oportunismo, também foi objeto de críti-cas.[135] A primeira crítica considera que, no esquema modelado, a remune-ração do *insider* fica restrita ao número de ações que possa adquirir. Ora, a quantidade de títulos depende de sua riqueza pessoal. Dessa forma, a remu-neração do *insider* depende de seus recursos mais do que da sua contribuição para a criação de valor.

2064 Em segundo lugar, não é fácil limitar o acesso à informação que cria valor apenas ao empreendedor que a tenha produzido.[136] Outras pessoas podem ter tido acesso e negociado títulos, tal como o empreendedor, antes da divulgação pública da informação. Nesse contexto, as operações de *insiders* deixam de ser úteis como forma de remuneração da iniciativa. Os participantes da sociedade

133. Carlton e Fischel, 1983.

134. Carlton e Fischel, 1983.

135. Para o conjunto de críticas, ver Beny 2006.

136. Cox 1986, p. 653.

têm interesse em agir como caronas e esperar que um deles produza informa-ção nova para dela se aproveitar.

2065 Finalmente, as operações de *insiders* podem ser feitas com base em infor-mações negativas.[137] Por exemplo, um administrador da empresa pode anteci-par o resultado de um projeto de investimento que será fonte de substancial perda a qual reduzirá os resultados da sociedade. Tal administrador pode ser aquele que estimulou o investimento no projeto. Permitir operações de *insiders* resultaria em ele não suportar os resultados dessa decisão ruim, uma vez que poderá vender seus títulos antes da divulgação da perda com o projeto. Po-derá, até mesmo, ganhar se vender títulos da sociedade a descoberto. Nesse cenário, pode-se duvidar da eficiência das operações de *insiders* como forma de estímulo por conta da remuneração.

b. *O papel da regulamentação das operações de* insiders

2066 Manne questionou as regras que penalizam os *insiders.* Seus argumentos teóricos levantam questões fundamentais que só podem ser respondidas por estudos empíricos. Com seus trabalhos, Manne nos leva a indagar a respeito do papel da regulação dessas operações. Possível explicar as razões para sua proibição?

1. As operações de insiders *causam prejuízo aos investidores?*

2067 A proibição das operações de *insiders* é, frequentemente, justificada pela necessidade de proteger os investidores das perdas geradas por negociarem com uma pessoa que dispõe de informação privilegiada. Esse argumento tem base em um dos objetivos fundamentais da legislação de valores mobiliários, qual seja, a proteção dos investidores. Para avaliar o argumento, é preciso de-terminar se os investidores efetivamente sofrem prejuízo como resultado das operações de *insiders.*[138]

2068 Primeira possibilidade a considerar é a de que o investidor sofra prejuízo em virtude de a operação ter sido realizada por "preço não bom", isto é, ao preço pelo qual a ação seria negociada se a informação fosse conhecida de todos, fosse pública. Tome-se o exemplo do investidor que vende seus títulos a um *insider* quando o preço é $ 10. No momento da operação o *insider* dispõe de informação privilegiada que, se tivesse sido divulgada ao público, elevaria o preço para $ 15. O investidor teria sofrido prejuízo de $ 5 por título em decorrência da operação com o *insider.*

2069 A pretensão do investidor não é, ainda assim, exata. É preciso lembrar que o mercado de valores mobiliários é impessoal uma vez que o investidor,

137. Bainbridge 2002, p. 591-592; Easterbrook e Fischel, 1991, p. 260.

138. Bainbridge 2002, p. 594-598.

de regra, não sabe com quem está negociando. Negociar com algum *insider* é pura contingência. A operação não é motivada pela identidade da outra parte, mas pela decisão do investidor de vender seus títulos.[139] O investidor poderia, pois, vender os títulos pelo preço de $ 10 a outrem que não teria informação privilegiada e o resultado seria o mesmo.

2070 Na realidade, o prejuízo sofrido pelo investidor que não vende seus títu-los "ao melhor preço" não decorre de ter negociado com um *insider*. O prejuí-zo é resultado da falta de divulgação de informação relevante pelo emissor.[140] Na medida em que a informação não seja divulgada ao público, haverá "ga-nhadores" e "perdedores" nas operações com o título. Ganhos e perdas não decorrem do fato de haver investidores que são *insiders*.

2071 Segunda fonte de prejuízos das operações com *insiders* pode provir de seu impacto sobre as decisões dos investidores. De acordo com este argumento, as operações de *insiders* impactam o preço dos títulos, fato que pode levar os investidores a comprarem ou a venderem seus títulos, em más oportunidades inadequadas, ruins. O prejuízo é, portanto, mais hipotético do que real. O impacto das operações de *insiders* sobre o preço dos títulos não deve ser supe-restimado. Resulta das operações derivadas, ou seja, operações realizadas por investidores que decodificam as dos *insiders*. Mas essas operações derivadas ensejam, tão somente, a progressiva integração da informação no preço dos títulos. Pode-se, portanto, duvidar que as operações de *insiders* produzirão mudanças de preço suficientemente importantes para engendrar operações de investidores.

2072 Ainda que as operações tivessem tal impacto, seria necessário levar em conta que as decisões dos investidores são baseadas em múltiplos fatores. Alguns investidores decidem em função de fatores temporais. Outros, em função de fatores associados ao valor fundamental dos títulos como, por exemplo, dividendos, crescimento da sociedade e reputação dos administra-dores. De supor que muitas operações tenham sido realizadas sem considerar mudanças de preços provocadas por operações de *insiders*. Os investidores que negociaram obtiveram benefícios na medida em que essas operações ajusta-ram o preço dos títulos ao incorporarem a este às novas informações.[141]

2073 Demais disso, esse segundo tipo de prejuízo não aparece com clareza quando se examina o impacto das operações de *insiders* sobre o conjunto de in-vestidores. Certamente um grupo de investidores poderá ser levado a vender seus títulos por causa da mudança de preço. Por conta disso, outros investi-dores poderão, é claro, decidir mantê-los esperando novas altas.

139. Gillen 1992, p. 345.

140. Bainbridge 2002, p. 595.

141. Dooley 1980, p. 35-36; Manne 1966, p. 114.

2. Será que as operações de insiders *minam a confiança de investidores ou emissores?*

2074 A justificativa em prol da regulação parte do efeito negativo que as ope-rações com *insiders* tenham sobre a confiança dos investidores.[142] Esse argu-mento considera que os investidores ficarão reticentes em operar em mercado caracterizado por operações de *insiders*. Em algum momento, a erosão da con-fiança dos investidores inviabilizará o mercado pelo risco da fuga de capitais.

2075 Há que se precisar o conceito de confiança no mercado.[143] Isso interessa tanto a investidores quanto a emissores. Os investidores confiam no mercado se podem acreditar no preço dos títulos, ou seja, que os preços representam a melhor apreciação de seu valor líquido atualizado dada a informação dispo-nível. De sua parte, os emissores acreditam no mercado se entendem que os títulos de sua emissão estão corretamente avaliados.

2076 As operações de *insiders* afetam a confiança dos investidores ao sugeri-rem que o preço dos títulos não é o "bom", que há informação que, se fosse divulgada, impactaria o preço dos títulos, para mais ou para menos. Nesse contexto, os investidores se consideram lesados pela vantagem informacional dos *insiders.*

2077 Diante disso, qual a reação do investidor racional? Sem conhecer a natu-reza das informações privadas, os investidores podem detectar a existência de operações de *insiders* observando o volume e preço das operações realizadas. Se considerarem que são pontuais, provavelmente ficarão indiferentes uma vez que é baixo o risco de sofrerem real prejuízo. Se, ao contrário, entenderem que as operações de *insiders* são frequentes, os investidores concluirão que o risco de prejuízo é real, especialmente no caso de ordens a preço limitado.[144] Nesse caso, os investidores podem reavaliar o preço dos títulos para incluir esse risco. Tal reavaliação se traduzirá em desconto do preço nesse merca-do. Não causará, porém, prejuízo aos investidores, mas este recairá sobre os emissores em virtude do aumento do custo de capital nas novas emissões.145

2078 O prêmio que os investidores exigirão se aproximará do risco médio em virtude das operações de *insiders.* Poderá ser muito alto para os "bons" emis-sores quando os títulos não forem objeto de tais operações e muito baixo para os "maus" emissores cujos títulos sejam caracterizados por elevado número

142. Schotland 1967, 1438.

143. Ver Parte II, Capítulo 5.

144. A ordem a preço determinado é uma ordem executável, em bolsa, apenas a preço que não ul-trapasse o limite fixado por quem dá a ordem. No caso de uma compra, a ordem não pode ser exe-cutada salvo se o preço do mercado for igual ou inferior ao limite fixado. No caso de venda, a ordem não pode ser executada salvo se o preço do mercado atingir o limite fixado. Ver *Grand dictionnaire terminologique*: <http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r._motclef/index1024_I.asp>.

145. Bhayyacharya e Daouk, 2002.

de operações de *insiders*. Sendo este o caso, ter-se-á um problema de antisse-leção do qual resultará a saída dos “bons” emissores do mercado. A surpresa é que isso gerará perda de confiança dos emissores, pondo em causa a viabili-dade do mercado.

2079 O problema da antisseleção pode ser resolvido. Não ameaça a viabilidade do mercado, salvo se os emissores não puderem se distinguir, de maneira crível, perante os investidores. Ora, os emissores dispõem de meios para si-nalizar sua posição em relação às operações de *insiders*. Por exemplo, os emis-sores podem vetar, impedir que administradores e empregados da sociedade atuem no mercado mediante cláusulas específicas inseridas nos contratos de trabalho. Ao longo dos últimos anos, muitos emissores adotaram políticas relacionadas a operações de *insiders*, sendo, para tanto, estimulados pelos re-guladores.[146] Tais políticas preveem em que momentos, no ano, os *insiders* têm direito de negociar, salvo quando não tiverem informações privilegiadas. Pôr em prática esse tipo de política implica adotar mudanças regulatórias. Demais disso, eles não constituirão sinal crível se os investidores não puderem avaliar sua eficácia.

3. Direitos de propriedade

2080 A regulamentação das operações de *insiders* pode ser entendida como me-canismo de proteção dos direitos de propriedade sobre a informação pela so-ciedade.[147] Os *insiders* não podem fazer operações servindo-se de informações privilegiadas, porque elas pertencem à sociedade. Isso é o que decorre do artigo 323 do Código Civil de Québec, que determina que o administrador não pode, em seu benefício ou em benefício de terceiros, utilizar informação que obtém em virtude de suas funções, exceto se autorizado a fazê-lo pelos acionistas.

2081 Põe-se a questão da oportunidade de atribuição desse direito de proprie-dade à sociedade. Teoricamente, convém criar direitos de propriedade para proteger o interesse econômico de produzir informações socialmente vantajo-sas.[148] Particularmente, os direitos de propriedade permitem prevenir conduta mediante a qual uma pessoa, que não o proprietário da informação, dela se aproprie antes que quem a produziu possa recuperar os “fundos perdidos”. Essa teoria é a justificativa clássica para o direito de propriedade intelectual.

2082 No contexto empresarial, os *insiders* podem, com frequência, utilizar a informação obtida em virtude de suas funções sem que isso reduza seu valor para a sociedade. Por exemplo, o administrador que sabe que a sociedade ce-lebrou um contrato pode negociar com base nessa informação sem, todavia,

146. Ver, no Canadá, *Instrução geral 51-201 – Linhas diretivas em matéria de comunicação da informação*.

147. Bainbridge 2002, p. 598-607.

148. Ver Parte II, Capítulo 2.

prejudicar o valor do contrato para a sociedade.1 Nada obstante, em certas situações, a possibilidade de os *insiders* realizarem operações com informações pertencentes à sociedade pode causar perdas. Contudo, os administradores que conseguem se aproveitar da informação podem atrasar a transmissão in-ternamente, fato que pode prejudicar a tomada de decisão. Em segundo lugar, a realização de operações por *insiders* pode comprometer certas negociações como, por exemplo, aquisições, levando, indiretamente, a uma divulgação prematura da informação. Finalmente, os administradores podem privilegiar estratégias e decisões mais arriscadas do que as que seriam escolhidas pelos investidores para aproveitarem sua informação privilegiada. Em todos esses casos, a existência de prejuízo diminui o interesse da sociedade em produzir novas informações. Isso milita em favor da atribuição do direito de propriedade para a sociedade.

2083 Pode-se constatar que a atribuição do direito de propriedade à sociedade tem suporte em certos casos especiais nos quais esta sofre prejuízo resultante de operações de *insiders*. Certamente não se trata de justificativa a toda prova. Podemos perguntar se não seria preferível atribuir o direito de propriedade sobre a informação aos *insiders*. Porém, esta opção é ainda mais frágil que a primeira. O único motivo para atribuir o direito de propriedade aos *insiders* recai sobre o papel de suas operações como mecanismo de remuneração. Po-rém, como se viu, as operações de *insiders* não preenchem, de modo eficiente, essa função.

c. Conclusão

2084 Os argumentos expostos pelos defensores e opositores da regulamen-tação das operações de *insiders* são sofisticados. No plano teórico, nenhum deles parece conclusivo. Portanto, as hipóteses decorrentes podem ser objeto de muitos estudos empíricos para mensurar sua validade. Recente estudo de Laura Beny trouxe dados muito esclarecedores para o debate.[149] Em estudo de 36 países, Beny se debruçou sobre o vínculo entre a regulação das operações de *insiders* e os rendimentos obtidos em bolsa. Postulou, especialmente, que os países com regras severas se caracterizaram por maior dispersão da base acionária, avaliação mais precisa do preço dos títulos e mercados com maior liquidez. Os resultados obtidos confirmaram essas hipóteses. Beny concluiu que a regulação gera vantagens de três ordens. Contribui para reduzir os cus-tos de agência, o que favorece a dispersão acionária. Melhora a eficiência in-formacional, pois o preço dos títulos é integrado pela informação específica sobre emissores nos países em que há regulação em comparação com aqueles em que ela não existe. E, finalmente, a regulamentação contribui para reduzir o custo de capital aumentando a liquidez.

149. Beny 2006.

Seção 4

Disciplinadasoperaçõesdetom adadecontrole

2085 As operações de tomada de controle apareceram no final do século XIX, no momento em que eram constituídas as primeiras grandes companhias abertas e os mercados de capitais atingiam sua maturidade.[150] Entretanto, foi a partir dos anos 1960 que tais operações se tornaram inerentes aos mercados de capitais. Cíclicas, atingiram picos entre os anos 1980 e 1990. Depois de alguns anos, ganham espaço novamente em virtude de movimentos simultâ-neos de consolidação e privatização.

2086 O que leva um adquirente a buscar o controle? A justificativa espon-tânea é a procura por ganho que aproveita ao conjunto de seus acionistas. Uma tomada de controle pode gerar ganho para o adquirente ao reduzir a concorrência no setor econômico, o que aumenta as margens de lucro. Pode criar economias de escala ou classificação setorial que fazem com que o valor combinado das duas empresas seja mais alto do que se forem exploradas in-dividualmente.[151] Como apontado por Manne em seu clássico texto já citado, a tomada de controle é outro mecanismo disciplinar que contribui para inibir o oportunismo dos administradores.[152] Ao tomar o controle de uma empresa administrada de forma não ótima, o adquirente tem poder para substituir os administradores e melhorar a qualidade da gestão e dessa forma, gerar lucros maiores que virá a colher.

2087 Os críticos observam que as tomadas de controle são motivadas por outros fatores além da maximização do valor dos títulos. De um lado, os administradores indicados pelo adquirente podem perseguir seus próprios interesses mais do que os dos acionistas nos casos de avaliação das oportuni-dades de tomada de controle. Como exemplo, podem fazer a aquisição apenas para aumentar seu prestígio pessoal. De outro lado, há quem entenda que as operações de tomada de controle servem apenas para redistribuir a riqueza internamente à sociedade. Mais especificamente, o efeito dessas operações seria a transferência da riqueza das partes interessadas, notadamente dos em-pregados, aos acionistas alvos e adquirente.[153] Dito de outra forma, o ganho que beneficiaria os acionistas alvos e o adquirente resultaria de uma "expro-priação" das partes interessadas.

150. Bittlingmayer 2000; Black 2000.

151. Gilson e Black, 1995, p. 268-284; Nicholls 2007, p. 5-7.

152. Manne 1965.

153. Blair 1995.

2088 Estudos empíricos tendem a demonstrar que as operações de tomada de controle contribuem para criar riqueza, seja por reduzirem os custos de agência seja por gerarem ganhos de sinergia, isto é, servem aos interesses dos acionistas da adquirente.[154] Tendem a demonstrar que as operações são benéficas para os acionistas da sociedade alvo. Os resultados são menos con-clusivos para os acionistas da adquirente, sendo difícil determinar se as toma-das de controle lhes são, geralmente, favoráveis. Se exemplos espetaculares parecem confrontar a crítica da expropriação, esta perde força dado que os estudos empíricos não demonstram que a tomada de controle seja meio re-levante de transferência de riqueza e em detrimento dos empregados.[155] Isso não significa que tais operações sejam sempre neutras para os empregados. Os estudos indicam que as operações de tomada de controle não deveriam ser objeto sistemático de dissuasão. Ao contrário, as operações de tomada de controle devem ser acompanhadas de medidas que permitam atenuar seu impacto sobre os empregados se lhes impuserem custos relevantes.[156]

2089 Se as tomadas de controle podem gerar benefícios a ponto de não se de-ver proibi-las, cabe ao direito a função de enquadrá-las. Constata-se que as tomadas de controle são estreitamente disciplinadas pela legislação de valores mobiliários. (1) Por que essa regulação é necessária? A resposta clássica con-siste em apontar a necessidade da legislação para proteger os investidores.[157] A resposta explica pouco. Afinal, na medida em que se refere a uma operação simples, a saber, a compra de títulos, as partes não deveriam ser capazes de chegarem a uma solução mutuamente satisfatória? Isto é, a troca e o contrato não são ferramentas suficientes? Como veremos, a teoria econômica permite oferecer justificativa mais sólida para a regulação. Fundamentalmente, justifi-cativa que recai sobre a existência de falhas ao longo do processo de trocas e que podem ensejar o oportunismo impedindo o ganho de Pareto (2).

1. PRINCIPAIS MARCOS DA REGULAMENTAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE TOMADA DE CONTROLE

2090 As operações de tomada de controle são objeto de regulação detalhada no Canadá assim como na Europa.[158] No Canadá, estão submetidas ao re-gime da legislação sobre valores mobiliários que regem a “oferta pública de

154. Jensen e Ruback, 1983; Jarell, Brickley e Netter, 1988.

155. Gilson e Black, 1995, p. 610-634; Bainbridge 2002, p. 743.

156. Daniels 1993.

157. Johnston e Rockwell, 2003.

158. Hertig e McCahery, 2003; Nicholls 2007.

compra". A área de aplicação desse regime é delimitada por dois critérios.[159] Primeiramente é preciso que se trate de pessoa (adquirente) que se proponha a adquirir ações de uma sociedade, seja mediante pagamento em moeda seja por permuta de títulos. Em segundo lugar, a operação deve permitir que o interessado adquira ou aumente sua participação, de forma a atingir 20%, ou mais, das ações com direito de voto. Sem que satisfaça essas duas condições, o regime de oferta pública, observadas algumas condições, não se aplicará.

2091 Segundo a doutrina, a regulação das ofertas públicas tem como princi-pal objetivo proteger os investidores.[160] Concretamente, a perseguição desse objetivo se traduz por três grupos de disposições. Essas disposições visam a garantir que os investidores tenham acesso à informação a mais completa e atualizada sobre a operação. As disposições impõem a obrigação de divulgar, para os investidores e de forma detalhada, quem é o adquirente e a sociedade alvo da operação. Em segundo lugar, a lei contém disposições estabelecendo prazos para a realização da operação a fim de permitir que os investidores tomem suas decisões após refletir e não sejam submetidos a constrições tem-porais na avaliação da oferta. Por fim, a legislação tem regras que impõem tratamento igualitário aos portadores dos títulos, bem assim igual acesso à informação pertinente em relação a essas operações.

2. O DENOMINADOR COMUM DA REGULAÇÃO DE OPERAÇÕES DE TOMADA DE CONTROLE: INIBIR O OPORTUNISMO

2092 De acordo com a doutrina, a regulação das tomadas de controle serve para proteger os investidores. Essa justificativa clássica para a regulação não parece ser inteiramente satisfatória. Não explica, adequadamente, a natureza tripartite presente em tais operações que, por vezes, se referem tanto ao ad-quirente quanto aos investidores e administradores da sociedade-alvo. Tem, ainda, o inconveniente de tratar os investidores como um bloco monolítico. É preciso admitir que o termo "investidores" se aplica a muitas e diferentes realidades: investidores institucionais, investidores individuais, investidores que detêm o bloco de controle e investidores minoritários da sociedade emis-sora.[161] Conforme Davies e Hopt, é preferível estudar a regulação das ope-rações de tomada de controle em relação à noção de oportunismo.[162] Dessa perspectiva, o objetivo da regulação é dissuadir o oportunismo das partes nas

159. Art. 110 L.V.M.

160. Johnston e Rockwell, 2003, p. 194.

161. Camara, 2004.

162. Davies e Hopt, 2004. A respeito da noção de oportunismo, ver o capítulo sobre contratos.

operações de tomada de controle de forma que elas possam gerar ganhos de Pareto.[163]

a. Oportunismo dos administradores

2093 Primeira forma de oportunismo, que se manifesta mais especialmente no contexto das sociedades de base acionária dispersa, se refere aos administra-dores. O oportunismo deriva da estrutura das ofertas públicas de compra em que não apenas o adquirente e investidores, mas também os administradores, são interessados. O adquirente faz oferta aos acionistas. Entretanto, o conse-lho de administração da sociedade-alvo deve se manifestar a respeito da ofer-ta, recomendado seja aceita ou rejeitada. Mais, o conselho tem poderes para influenciar o desenvolvimento e resultado da oferta.[164] Pode adotar medidas defensivas dilatórias visando a estimular ofertas concorrentes e melhorar as condições da inicial. Pode orientar a escolha dos investidores favorecendo um ofertante por meio de medida defensiva proativa, como, por exemplo, a venda de um ativo importante da sociedade.

2094 A legislação canadense permite que o conselho de administração elabore uma estratégia para enfrentar ofertas públicas de compra não solicitadas me-diante sistema de alerta em virtude do qual todo potencial adquirente deve comunicar pela imprensa a titularidade, direta ou indireta, de ao menos 10% das ações de uma classe de ações com direito de voto.[165] A legislação francesa tem regra igual, a saber, a obrigação de o acionista informar suas intenções, de forma objetiva, para 12 meses, se titular de 10% ou 20% do capital ou direito de voto de uma sociedade.[166] O acionista deve, ainda, informar a existência de acordos privados que contenham cláusulas suscetíveis de influenciar a avalia-ção ou resultado de uma oferta pública.[167]

2095 A participação do conselho de administração nas ofertas públicas de com-pra pode surpreender. Afinal, uma oferta pública de compra é operação con-sensual de venda entre o adquirente e o investidor. Por que a necessidade de incluir o conselho de administração nessa operação? O conselho de adminis-tração, essencialmente, participa da operação para conter o oportunismo do adquirente. Voltaremos a essa questão adiante. Por ora, é importante notar que a participação do conselho de administração pode, também, aumentar os riscos de oportunismo.

163. A respeito dos ganhos de Pareto, ver Parte I, Capítulo 3; Parte II, Capítulos 5.

164. Gilson e Black, 1995; Rioux 1991.

165. Arts. 147.11 e segs. L.V.M.

166. Art. L. 233-7, alínea 7 do Código de Comércio.

167. Regulamento de COB nº 2002-04.

2096 Para entender esse risco, lembra-se que as ofertas públicas de compra têm função disciplinar. Contribuem para inibir o oportunismo dos adminis-tradores.[168] O adquirente, por meio da oferta, sugere ser capaz de atuar me-lhor, gerando valor para a sociedade-alvo.[169] Os postos dos administradores da sociedade-alvo são ameaçados uma vez que o adquirente substituirá a maioria deles.[170] Nessas circunstâncias, as lideranças são tentadas a desviar a finalida-de do poder de intervenção dos administradores a fim de bloquear a tomada de controle. A tomada de controle tem, pois, o risco de esses líderes, em seu próprio interesse, bloquearem a oferta ainda que ela seja de interesse da companhia.

2097 Se forem administradores, os líderes podem induzir o conselho de ad-ministração a usar seu poder de gestão para recusar a oferta. Se não tiverem assento no conselho podem, ainda assim, tentar explorar sua vantagem in-formacional para fornecer aos administradores externos informações falsas sobre o valor da companhia. Os líderes podem, igualmente, tentar usar sua vantagem informacional em relação aos acionistas para lhes dar opinião erra-da sobre o valor da sociedade e, dessa forma, estimulá-los a rejeitar a oferta apresentada.

2098 Qualquer que seja a maneira de intervenção, as manobras desses opor-tunistas visa a bloquear a tomada de controle que considerem ameaçadoras para seus postos na sociedade. Como exemplo, tentarão bloquear tais ofertas, seja antes de seu lançamento seja depois, pondo em prática medida defensiva como, por exemplo, direitos de subscrição (*poison pill*), o que torna a tomada de controle quase impossível.[171]

2099 Embora permita que os administradores intervenham no contexto da uma OPC (oferta pública de compra), o direito prevê mecanismos para con-ter o risco do oportunismo. O direito societário, tradicionalmente, reconhece que os administradores devem maximizar o valor da sociedade em curto pra-zo no interesse dos acionistas.[172] A regulação dos valores mobiliários prevê obrigações de divulgação que explicitem o que os dirigentes devem informar aos acionistas.[173] O controle do conteúdo do edital dá aos titulares acesso a informação completa, verídica e atualizada sobre a sociedade objeto da oferta.

168. Manne 1965.

169. Allen, Jacobs, Strine, 2002; Easterbrook e Fischel, 1991.

170. Martin e McConnell 1991.

171. Gilson e Black, 1995; Rioux 1991.

172. No direito norte-americano, a obrigação de maximizar o valor a curto prazo aparece na deci-são Revlon e depois na apelação "*Revlon Duties*". Ver *Revlon Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings Inc.*, 506 A.2d 173 (Del Supr. 1986); Black e Kraakman 2002; Nichols 2007, p. 187-198; Paredes 2004.

173. Ver, por exemplo, art. 134 L.V.M.

2100 Enfim, as medidas anti-OPC podem ser adotadas para conter, provisória ou definitivamente, as ofertas públicas de compra. Tais medidas geram nu-merosas discussões. De um lado, a doutrina se dividiu quanto à sua validade. Enquanto alguns as valorizam, considerando que seu emprego permite que os dirigentes administrem a sociedade da perspectiva de longo prazo,[174] outros entendem que elas criam conflitos de interesse na medida em que os admi-nistradores agem mais no seu próprio interesse do que no da sociedade.[175] De outro lado a regulação trata, de forma variada, a validade de eventuais medi-das defensivas.

2101 No Canadá, as autoridades reguladoras que atuam na área de valores mobi-liários (ACVM) adotaram a Norma 62-202 relativa às medidas de defesa contra uma oferta pública de compra. Desde logo, a norma acentua que as ofertas públicas de compra desempenham papel importante na economia, por vezes como ameaça aos dirigentes e como meio para favorecer melhor alocação dos recursos econômicos. Reconhece, também, que os interesses dos dirigentes da sociedade alvo podem ser diferentes daqueles dos acionistas. Os membros da ACVM apontam que a melhor forma de conter o risco de oportunismo dos diri-gentes é deixar que a decisão relacionada à venda das ações fique com os acio-nistas. Dito de outra forma, a estratégia empregada para conter o oportunismo dos dirigentes é atribuir fundamental papel decisório aos acionistas diante de uma oferta pública de compra. São os acionistas que determinam o sucesso da oferta por meio da decisão de dispor, ou não, de suas ações em resposta à oferta pública. Em suma, procuramos resolver o problema de agência atribuindo aos acionistas, como principais, o poder decisório.

2102 No mesmo sentido, os membros da ACVM consideram que os leilões realizados sem entraves produzem resultados melhores nas ofertas públicas de compra. Dessa perspectiva, a regra mostra que os membros da ACVM es-tão prontos para examinar as medidas defensivas que impeçam os acionistas de exercerem seus direitos, incluindo o de responder a uma oferta pública concorrente. Revisão da jurisprudência dos últimos anos indica que os órgãos reguladores de valores mobiliários intervêm, efetivamente, para exigir que os emissores contenham suas medidas defensivas quando entendem que exer-cem seu papel e que, agora, convém deixar que os acionistas se pronunciem sobre as ofertas apresentadas.

2103 A posição canadense pode ser comparada com a que prevalece no direito comunitário e outros países europeus. Com efeito, se o direito norte-ameri-cano tolera o uso de meios de defesa contra ofertas públicas de compra não aceitas pelos administradores das empresas visadas, a Comunidade Europeia

174. Kihlstrom e Wachter, 2003; Lipton e Rowe, 2002; Paredes, 2004.

175. Gilson 1981; Iacobucci 1980; Subramanian 2003.

e certos países europeus são mais reservados. Em diretiva OPA de 2004,[176] o direito comunitário prevê série de disposições cujo objetivo é identificar, limitar e neutralizar os meios de defesa contra a OPA.

2104 O direito francês, no art. 231-3 do Regulamento Geral da AMF, dispõe: "Tendo em vista o desenvolvimento ordenado das operações no melhor inte-resse dos investidores e do mercado, todas as pessoas envolvidas na oferta devem respeitar o livre jogo das ofertas e seus valores, igualdade de trata-mento e informação dos detentores de ações, transparência e integridade do mercado nas operações e na competição." Conforme observa Ohl, a disposi-ção implica a proibição de qualquer meio destinado a aumentar os obstáculos ao normal funcionamento do mercado, a pôr em xeque o livre jogo das ofertas e dos aumentos de preço ou a romper a igualdade entre acionistas.[177] Além da hipótese prevista na alínea 2 do artigo 232-17 do Regulamento Geral da AMF,[178] outras soluções parecem possíveis: pesquisa feita em relação a outras ofertas por ações da sociedade, propor uma contraoferta por terceiro; pôr em prática, por força de cláusulas estatutárias e com efeito retroativo, a realização da assembleia geral extraordinária antes da oferta pública de que a sociedade seja objeto, fixando prazo para a oferta pública.

b. O oportunismo do adquirente

2105 O adquirente oportunista tenta explorar a assimetria nas relações com os acionistas a fim de forçá-los a aceitar a oferta, ainda que não seja a melhor. Pode, para tanto, tentar limitar a divulgação, na sua oferta, de informações re-lativas a suas atividades, situação financeira e objetivos da aquisição. Ao criar assimetrias informacionais, o adquirente impede uma real avaliação da oferta. Os acionistas são levados a aceitar uma oferta que não maximiza o valor de suas ações.

2106 Também é possível que o adquirente estruture a oferta de forma a criar pressão sobre os acionistas.[179] Exemplo, ao fixar um lapso temporal curto para a validade da oferta, o adquirente limita o tempo disponível para anali-sá-la, bem como as opções existentes. A formulação de uma oferta de compra em duas etapas é outra técnica destinada a pressionar os investidores. Na primeira etapa, oferece-se preço elevado a um grupo de acionistas para obter

176. Diretiva no 2004/25/CE do Parlamento Europeu de 21 de abril de 2004, *JOUE* nº L.142, 30 abr. 2004, p. 12.

177. Ohl 2003, p. 243, nº 420.

178. Uma vez que a oferta seja inteiramente paga em moeda, a sociedade visada pode perseguir a execução de programa de recompra de ações se tiver autorização da assembleia geral e isto esteja expressamente previsto nos estatutos, e que se trate de medida que possa levar a oferta a falhar, mediante aprovação ou de confirmação por assembleia geral.

179. Bell e Parchomovsky, 2000; Gillen 1992; Prentice 1989.

o controle de fato da sociedade. Na segunda etapa o preço ofertado é mais baixo e os acionistas ficam diante de uma escolha pouco vantajosa, ou seja, aceitarem a oferta ou serem minoritários na sociedade. Alternativamente, o adquirente pode tentar concluir operações à margem da oferta com alguns acionistas aos quais oferece condições vantajosas.[180]

2106a. Nota da tradutora A Lei nº 6.404/1976, no art. 254-A, prevê, em casos de alienação direta ou indireta do controle da companhia, obrigação do adquirente de fazer oferta pública para compra das ações dos minoritários titu-lares de ações ordinárias (com direito a voto), garantindo-lhes preço mínimo não inferior a 80% do valor pago pelas ações que integrem o bloco de controle. Pode-se estender esse direito a titulares de ações preferenciais sem voto.

2107 As regras canadenses referentes às ofertas públicas de compra visam a re-duzir esse risco de oportunismo do adquirente. Por isso, impõem obrigações estabelecendo o conteúdo da oferta transmitida pelo adquirente aos acionis-tas.[181] A divulgação obrigatória da informação permite minorar as assimetrias informacionais entre adquirente e acionista. Em segundo lugar, a legislação exige que a oferta pública seja válida por, no mínimo, 35 dias, o que garan-te tempo suficiente aos acionistas para analisarem a oferta e a resposta da direção.[182] Mais, esse prazo permite o aparecimento de ofertas concorrentes favorecendo avaliação mais justa do preço das ações. Em terceiro lugar, a lei tem regras de igualdade de tratamento impedindo as ofertas em duas etapas e a outorga de condições diferentes para os acionistas.[183]

2108 Enfim, o campo de aplicação da regulamentação das ofertas públicas de compra permite reduzir as pressões que poderiam ser exercidas sobre os acio-nistas. No Canadá, a *Lei sobre Valores Mobiliários* prevê que a pessoa que ad-quire ou se propõe a adquirir, ao menos, 20% das ações de uma espécie deve fazê-lo por meio de uma oferta pública de compra.[184] Dá-se o mesmo se a compra visar a reforçar a posição acionária, se ela igualar ou superar os 20%. Ao estabelecer o campo de aplicação do regime, a lei impede o adquirente de forçar os acionistas a aceitarem os termos da oferta feita. Na ausência de tal regra, os acionistas poderiam sentir-se constrangidos a aceitar a oferta de com-pra feita pelo adquirente com medo de não poderem mais vender suas ações

180. Stern 1993.

181. Arts. 127 e segs L.V.M. No sistema francês, as informações que devem constar da oferta feita pelo ofertante são, também estendidas. Para convencimento, basta se reportar ao artigo 231-13 do Regulamento Geral da AMF.

182. Art. 147-3 L.V.M. Na França, esse prazo é menor, de 25 dias (artigo 232-2 do Regulamento Geral da AMF.

183. Na legislação francesa, certo número de dispositivos do Regulamento Geral da AMF se refe-rem à igualdade: artigos 231-3 (princípios gerais em matéria de oferta pública), 235-3 (aplicação do regime de oferta obrigatória) e 261-1 (indicação *expert* independente).

184. Art. 110 L.V.M.

ou de fazê-lo em condições menos vantajosas. O adquirente poderá, em segui-da, fazer uma oferta pública de compra parcial abrangendo apenas parte das ações da sociedade alvo. Portanto, a regra da igualdade de tratamento reque-rerá que trate todos os acionistas da mesma forma, com redução proporcional de muitos títulos se forem depositados em resposta à oferta.[185]

c. Oportunismo de acionistas dissidentes

2109 Uma vez que a oferta pública é, no final do processo, operação consensual individual entre o ofertante e qualquer acionista, o fato de uma oferta ser aceita pela maioria dos acionistas não obriga os outros a fazê-lo. Possível, por-tanto, que acionistas dissidentes recusem depositar suas ações diante de uma oferta. Os dissidentes podem tentar explorar a situação de bastião para obter preço mais elevado que o oferecido ao conjunto de acionistas.[186] A exploração dessa situação de bastião se materializará se os dissidentes entenderem que o adquirente deseja haver a totalidade dos títulos da sociedade.

2110 A resposta da lei a esse risco se dá por dois mecanismos. O primeiro con-siste em aplicação da regra da igualdade de tratamento que impede que, nos 60 dias seguintes ao encerramento da oferta, se faça a compra de títulos objeto da oferta em termos mais vantajosos que os oferecidos ao conjunto de acionis-tas.[187] O segundo é um regime de aquisição compulsória que se aplica desde que ao menos 90% das ações tenham sido depositadas em resposta à oferta.[188] Em virtude desse regime, o adquirente pode forçar os dissidentes a venderem suas ações nas mesmas condições que as oferecidas ao conjunto de acionistas.

d. Oportunismo do acionista controlador

2111 Quando a sociedade-alvo da oferta tem controlador, este poderá decidir sobre o sucesso da oferta pública de compra. Nesse contexto, o oportunismo

185. Art. 147.2 L.V.M.

186. A respeito da noção de bastião, ver Parte I, Capítulo 2.

187. Art. 144 L.V.M. No direito francês, a filosofia dessa disposição canadense não encontra as duas hipóteses. De um lado, o princípio de igualdade de tratamento implica o da irrevogabilidade da oferta, que, se não estiver expressamente declarado, pode ser encontrado de forma incidental em certas disposições do Regulamento geral da AMF (artigos 231-13 e 231-14). De outra parte o procedimento de garantia de preço previsto nos artigos L. 433-3II do Código Monetário e Financei-ro e 235-1 e segs. do Regulamento Geral da AMF, se aproxima da legislação canadense.

188. Art. 51 *Lei das Companhias*, L.R.Q., c.C-38, art. 51; *Lei canadense das Sociedades por Ações*, L.R.C. (1985), c. C-44, art. 206. A França tem dispositivo quase idêntico, aplicável após 2005 a toda oferta pública, no artigo L.433-4IV do Código Monetário e Financeiro e no artigo 237-14 do Regulamento Geral da AMF. Este último dispõe: “Sem prejuízo de disposições do art. 237-1, no caso de oferta pública e no prazo de três meses do encerramento da oferta, o lançador dessa oferta pode ter que adquirir títulos não apresentados pelos acionistas minoritários desde que não representem mais do 5% do capital ou de direito de voto mediante pagamento aos últimos.”

dos dirigentes não cria risco significativo, pois o controlador pode assegurar supervisão adequada de suas decisões por meio do controle que exerce sobre o conselho de administração. Portanto, é o oportunismo do controlador em face dos minoritários o que preocupa. O controlador pode tentar se apropriar de um benefício específico ao vender seu bloco de controle a um adquirente, sem levar em conta suas intenções. O controlador pode ceder o controle da sociedade a um adquirente que pilhará seu ativo ou não respeitará os interes-ses dos minoritários.

2112 A questão central está em determinar a quem pertence o controle da so-ciedade.[189] A primeira abordagem considera que o controle pertence ao acio-nista majoritário. Isso implica em que este pode dispor de suas ações como quiser e receber o prêmio pelo controle. Esse prêmio lhe pertence porque suas ações são diferentes das dos outros acionistas: permitem exercer o controle da sociedade. Por isso, os demais acionistas não têm direito ao prêmio de controle obtido pelo acionista majoritário, o que espelha a diferente natureza das ações. Os minoritários não são lesados uma vez que continuam a manter a mesma participação na sociedade. O que muda é, tão somente, a identidade do controlador.

2112a. Nota da tradutora Ressalta-se, ainda uma vez, a regra do art. 254-A da lei das anônimas, que garante o *tag along,* mesmo que o valor a ser pago aos minoritários venha a ser inferior ao recebido pelo(s) controlador(es).

2113 Esta primeira abordagem é aceita no direito norte-americano, em que se considera acionista dominante é titular do controle da sociedade e, em con-sequência, do prêmio de controle relativo a suas ações.[190] Como regra geral, o adquirente de um bloco de controle não tem a obrigação de estender sua ofer-ta aos minoritários nem, sendo o caso, de lhes oferecer o mesmo preço por suas ações. Entretanto, o acionista majoritário pode ser obrigado a indenizar os minoritários se lhes causar prejuízo que seria previsível. Da mesma forma, o prêmio oferecido ao majoritário deverá ser dividido com os minoritários se produto da venda de um bem que pertence ao conjunto de acionistas. Em suma, o direito norte-americano impõe certas responsabilidades ao acionista dominante para conter seu oportunismo. Não impõe regras que influam sobre os termos da operação celebrada entre o acionista dominante e o adquirente.

2114 O direito canadense e o europeu tratam essa questão sob uma perspec-tiva alternativa. Procura-se conter o oportunismo do acionista dominante e do adquirente estipulando regra de igualdade de tratamento no quadro das operações de mudança de controle.[191] No direito francês, a doutrina – dividida

189. MacIntosh e Nicholls 2002, p. 307-311.

190. Easterbrook e Fischel 1991, p. 109-144; Gilson e Black 1995, p. 1195-1236.

191. Art. 145 L.V.M.

nesse aspecto[192] – observa que "o preço ou a paridade de troca deve ser idên-tica para majoritários e minoritários, tanto os grandes quanto os pequenos acionistas".[193] O adquirente deve comprar os títulos dos minoritários nas mesmas condições que as oferecidas ao acionista dominante. Se escolher fa-zer oferta parcial de compra e quantidade maior de ações for depositada, o adquirente deve fazer redução proporcional de forma que todos os acionistas sejam tratados igualmente. Essa abordagem está fundada no postulado de que a mudança de identidade do acionista dominante não é, necessariamente, neutra para os minoritários, como explicam Davies e Hopt:

> "O adquirente, ainda que não tenha intenção de pilhar a sociedade, pode adotar estra-tégias diferentes que se demonstrem menos rentáveis; pode ser menos respeitador dos direitos dos minoritários; ou pode simplesmente usar seu controle para por em prá-tica, sistematicamente, estratégia que beneficie o grupo de sociedades que capitaneia em detrimento dos acionistas minoritários da sociedade alvo adquirida."[194]

2115 Diante disso, a função do direito é dar aos acionistas minoritários prote-ção para esse tipo de operação.

2116 Esta segunda abordagem é controversa em função de seu impacto sobre a conduta do adquirente.[195] Ao obrigar o adquirente a comprar os títulos dos mino-ritários, nas mesmas condições que as oferecidas ao acionista dominante, a regra aumenta o custo das tomadas de controle. Para reduzir esse efeito, o adquirente pode ser tentado a diminuir o preço oferecido pelas ações. Alternativamente, pode, simplesmente, se abster de fazer uma oferta, o que pode ser prejudicial para o conjunto da economia dado o papel das ofertas públicas de compra.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

2117 O direito dos valores mobiliários e a teoria econômica têm laços tão es-treitos quanto antigos. A moderna teoria financeira serviu de catalizador para construir o modelo regulatório contemporâneo fundado na divulgação. For-temente influenciado pela hipótese de eficiência, esse modelo preconiza a autonomia dos investidores na tomada de decisões.

2118 Mais especialmente, notável contribuição da economia financeira tem a ver com o papel do direito no enquadramento do mercado de valores mobiliários.

192. Criticando esta solução, Gaillard 1985.

193. Ohl 2003, p. 221, nº 384.

194. Davies e Hopt 2004, p. 185: "*The acquirer, even if it does not intend to loot the company, may embark upon a different and less successful strategy; may be less respected of the minority's interests and rights; or may just simply use the acquired control systematically for implementing a group strategy at the expense of the new group member company and its minority shareholders.*"

195. Clark 1986, p. 491-498; Daniels e Morck 1996, p. 54; Easterbrook e Fischel 1991, p. 126 e segs.

Em matéria de divulgação, a teoria realça as redes que contribuem para pro-dução e difusão de informação no mercado. Dessa perspectiva, a regulação tem como objetivo minorar as lacunas dos mecanismos privados a fim de aumentar a eficiência informacional. Ainda assim, a teoria nos alerta para os custos associados à regulação que podem neutralizar sua contribuição posi-tiva. No que diz respeito à regulamentação das operações de *insiders,* a teoria econômica permitiu lançar olhar penetrante sobre a razão de ser das proibi-ções dessas operações. Deixando de lado as justificativas fundadas na moral, a teoria econômica ressalta sua real contribuição, não sem antes ter questio-nado as ideias recebidas. Finalmente, a regulamentação das ofertas públicas revela toda sua coerência quando as analisamos sob o prisma do oportunismo resultante da teoria econômica.

2119 A contribuição da teoria econômica ao direito dos valores mobiliários é reforçada pelas particularidades do mercado financeiro, que são terreno fértil para a realização de estudos empíricos. Esses estudos permitem avaliar a jus-teza das teorias formuladas mediante cotejo com as hipóteses formuladas cuja validade é medida empiricamente por observações de dados financeiros. Os estudos empíricos fomentaram inúmeros debates, entre os quais o da oportu-nidade de impedir operações de *insiders.* E quando não puderam fazê-lo, como no caso da divulgação obrigatória da informação, ainda assim contribuíram para enriquecer nosso entendimento das teorias propostas.

INDO ADIANTE

2120 O direito dos valores mobiliários suscita vivo interesse em pesquisadores voltados para a análise econômica do direito há mais de 30 anos. A literatura é, portanto, abundante, tanto sob o aspecto teórico quanto sob o empírico. A obra de Bainbridge *Corporation law and economics*[196] é, ainda, excelente ponto de partida, sobretudo porque aborda também o direito societário. Demais disso, o leitor tem a possibilidade de escolha pois a maior parte dos volumes tratan-do desse tema integra a análise econômica do direito. Recomendamos ainda
The economic structure of corporation law, de Easterbrook e Fischel nos Estados Unidos, uma vez que abordam os principais regimes do direito dos valores mobiliários.[197] No Canadá, os tratados *Securities law in Canada*, de Condon, Anand e Serra, e *Securities law,* de MacIntosh e Nicholls, têm a marca da aná-lise econômica do direito e constituem muito bons pontos de partida.[198] Em seguida, é imperativo consultar os periódicos norte-americanos e canadenses para perceber o impacto da teoria econômica.

196. Bainbridge 2002.

197. Easterbrook e Fischel 1991.

198. Condon, Anand, Serra 2003; MacIntosh e Nicholls 2002.

capítulo 9

O método da análise econômica do direito[1]

2121 A análise econômica do direito, usando conceitos da ciência econômica, atualiza uma racionalidade subjacente das normas jurídicas e os principais efeitos previsíveis de suas mudanças. Propõe leitura das regras jurídicas que as avalie pelos seus efeitos de estímulo e pelas mudanças de comportamento das pessoas em resposta aos mesmos.[2] Oferece elementos para julgamento iluminado das instituições jurídicas e das reformas propostas. É, por isso, ferramenta preciosa para o legislador, para o juiz e para a doutrina convidada a exercer a nobre missão de trazer à luz os fundamentos do direito e mostrar os caminhos para sua adaptação às novas realidades. Ao mesmo tempo oferece aos economistas uma ferramenta para compreender o direito.

2122 As obras sobre análise econômica do direito, em inglês, não se preocu-pam em explicar a metodologia. Os tratados clássicos, como os de Posner e Cooter/Ulen,[3] parecem estar baseados na premissa segundo a qual aprende-mos o método por meio da análise das múltiplas instituições apresentadas no texto. No máximo apresentam, ao longo da exposição, os conceitos econômi-cos úteis. O leitor aprenderá a utilizar o método "por osmose".

2123 Os autores alemães e holandeses se preocupam, particularmente, com a questão do método. Schafer e Ott recorrem a organogramas para indicar a ordem na qual convém fazer uma série de testes para realizar análise justa.[4] Diagramas são meios de memorização, ferramentas para quem quer que do-mine, bastante bem, a teoria da análise econômica do direito. Backhaus de-bruçou-se, claramente, sobre a questão do método em contribuição publicada

1. Este texto é baseado em MacKaay e Rousseau 2006.
2. Friedman 2000, 11.
3. Posner, 2003; Cooter/Ulen 2004.
4. Por exemplo, Schafer/Ott 2000, p. 214, 387, 420; Schafer/Ott 2004, 182, 238, 292, 380.

em holandês, no livro de Holzhauer e Teijl,[5] depois retomada em inglês em *Edgar companion of law and economic*s, que dirigiu.[6]

2124 Backhaus apresenta esquema mais abstrato em que detalha as três mis-sões da análise econômica do direito (análise dos efeitos; análise descritiva da coerência das regras; análise normativa do caráter desejável das soluções incorporadas nas regras) para três contextos, a saber, as jurisdições de direito comum, as jurisdições administrativas e a legislação. Nosso propósito, aqui, é menos ambicioso. Indicaremos alguns passos gerais que compõem a análise de casos na jurisprudência.

2125 Toda análise econômica do direito está fundada na premissa de que as normas jurídicas devem ser julgadas à luz das estruturas de estímulos que estabelecem e das consequentes mudanças comportamentais adotadas pelos in-teressados em resposta aos estímulos.[7] A análise econômica do direito insere-se entre as filosóficas consequencialistas (fazer o que produz consequências as mais desejáveis), cuja expressão mais conhecida é, sem dúvida, utilitarismo.[8]

2126 Feitos esses esclarecimentos, convém, agora, expor os tipos ou níveis de análise nos quais a análise econômica do direito pode ser inserida (Seção 1) e depois as etapas pelas quais se procede (Seção 2).

Seção 1

Os níveis de análise

2127 Lembram-se, aqui, os tipos de abordagem propostos pela análise eco-nômica do direito. Friedman os resume em três pontos: permite predizer os efeitos a serem produzidos por certas normas; explica por que existem nor-mas particulares; permite decidir que regras devem existir.[9] Esses três tipos de análise são interligados.

Primeiro nível: análise dos efeitos das normas

2128 No primeiro nível, a análise econômica auxilia o jurista a determinar os principais efeitos da mudança da regra e, por ricochete, os efeitos da regra que

5. Holzhauer e Teijl, 1995, c.15, p. 317.
6. Backhaus 1999, p. 271-278.
7. Friedman 2000, 11.
8. Broome 1998, 551.
9. Friedman 2000, p. 15.

não foi modificada. Ilustremos por meio de exemplos. *La Presse* de Montréal traz, em sua edição de 2 de junho de 2005, que o preço do petróleo bruto é US$ 55.[10] Dada a rápida exaustão dos estoques conhecidos de petróleo, há quem proponha a adoção de intervenção do Estado na economia para frear o consumo de produtos petrolíferos. O economista põe em dúvida o bom fun-damento de tais políticas. O efeito do esgotamento é aumentar o preço bruto na medida em que a ameaça seja sentida. O preço mais alto torna viável a exploração de outras fontes de petróleo, tal como os imensos campos de areia betuminosa em Alberta. Da mesma forma aumenta o interesse em pesquisas de outras formas de energia. O petróleo segue, como outros recursos natu-rais utilizados pelo ser humano, uma lógica que faz com que comecemos a explorar fontes as mais acessíveis ou as mais fáceis no que tange à produção, e se volte às fontes mais difíceis na medida em que o esgotamento das primei-ras e o avanço do conhecimento sobre os métodos de exploração das outras aumentem.[11]

2129 Segundo exemplo. Durante muito tempo o aborto era proibido. Quais os efeitos dessa proibição? Como o perturbador filme *Vera Drake* tentou, recente-mente, demonstrar, para as pessoas mais abonadas o abortamento sempre foi acessível e realizado em condições médicas seguras mediante correspondente pagamento e um discurso hipócrita escondendo a verdadeira questão, ao inse-rir a intervenção entre as exceções admitidas por conta da saúde. Para os po-bres, ao revés, a única opção era recorrer aos fazedores de anjos. A operação deveria ser realizada em condições arriscadas do ponto de vista médico, com falhas frequentes e, demais disso, sujeita aos procedimentos penais. O efeito da proibição era, pois, não a inexistência de abortamentos mas, ao contrário, acesso limitado e custoso no plano humano, com efeito discriminatório líqui-do dos menos afortunados.[12]

2130 Nos dois exemplos, a análise se limita a estabelecer algumas consequên-cias importantes e se abstém de fazer julgamento moral. Todavia, ao eviden-ciar esses efeitos, permite que o leitor supere, por si, o nível de análise para chegar a julgamento esclarecido sobre a moralidade da regra em apreço. Esse tipo de análise é aplicável a todos os casos e pode contribuir com qualquer pesquisador, independentemente de sua posição a respeito das grandes ques-tões sociais.

10. *La Presse*, (de Montréal), 2 jun. 2005, Caderno Affaires, p. 16

11. Huber e Mills 2005; Simon 1995.

12. A liberalização – circunscrita – do aborto na maior parte dos países teve por efeito a redução da taxa de criminalidade. Uma explicação proposta é que as crianças indesejadas corriam o risco de crescer em condições difíceis que as direcionariam, mais que proporcionalmente, para uma vida de crimes. Donohue III e Levitt 2001; Levitt e Dubner 2005, 5-6, 115-116, 137-142.

N í v e l 2 : o f u n d a m e n t o d a n o r m a

2131 Num segundo nível, a análise econômica do direito visa a esclarecer um fundamento das regras que são observadas nos sistemas existentes. Em toda análise consequencialista, as regras são julgadas pelos seus efeitos, podendo-se, portanto, afirmar que a análise aponta na direção de balanço positivo dos efeitos produzidos segundo o primeiro tipo de análise. A dificuldade reside na necessidade de colocar, debaixo de denominador comum, efeitos de natureza variável e aos quais os agentes econômicos afetados podem ligar, subjetiva-mente, valores variáveis. O problema é conhecido nas sociedades econômicas propriamente ditas, uma vez que se trata de avaliar o bem-estar global de uma sociedade como a soma (agregado) do bem-estar de cada um dos agentes.

2132 A dificuldade deu lugar a uma discussão entre economistas. Poderíamos considerar como ganho para a sociedade a mudança que produza ganhado-res e nenhum perdedor (ganho de Pareto). No fundo, esse critério levanta poucas objeções, salvo se desejarmos sustentar que o bem-estar pessoal dos agentes depende de sua posição relativa entre seus pares. Esse refinamento, porém, excluiria quase qualquer mudança possível. Se o critério de Pareto é pouco controverso, é, ao revés, pouco poderoso por ser incapaz de levar a um julgamento se uma mudança puder criar perdedores, o que quase sempre ocorrerá. Para permitir chegar a conclusões de prática política, propôs-se um critério menos exigente, habitualmente associado aos nomes dos economis-tas britânicos Nicolas Kaldor e John Hicks, segundo o qual uma mudança representa um ganho de bem-estar para a sociedade se os ganhadores pude-rem indenizar os perdedores. Esse critério não é, contudo, realista porque a indenização proposta é proibitivamente onerosa. Refinamento suplementar proposto é considerar um ganho social se os ganhadores *pudessem* indenizar os perdedores e considerar que, em uma sociedade, os avanços econômicos deveriam conferir as mesmas oportunidades de ganho a todos e tornar acei-tável a ausência de indenização como simplificação da teoria. Como, então, avaliar os ganhos e perdas inexistindo acordos que fixem seus valores? Seria preciso aceitar valores médios ou de mercado. Esse problema existe, também, nos procedimentos em que o juiz deve fixar o montante das perdas e danos, no caso de perda, por exemplo, de um animal de estimação morto em virtude de acidente culposo. Para os que dão muita importância ao caráter subjetivo da valoração, como os seguidores da escola austríaca, tem-se aqui uma sim-plificação inaceitável, dada a falta de acordo dos perdedores quanto ao valor da indenização, mesmo teórica, que compensaria suas perdas.

2133 Nada obstante, o critério de Kaldor e Hicks se impôs no discurso econô-mico fundado no modelo neoclássico para avaliar políticas. Diz-se que uma configuração econômica é *eficiente* quando são realizados todos os ganhos con-forme o modelo Kaldor-Hicks. Os economistas se esforçam, geralmente, para demonstrar que um dado arranjo é eficiente ou que tal mudança poderia levar

à eficiência. O interesse dessa discussão é reforçado por Posner que, desde a primeira edição de seu tratado sobre a análise econômica do direito, susten-tou a tese da eficiência das regras da *common law* clássica – do direito privado clássico,[13] e no plano normativo, que era adequado para formular normas jurídicas de forma a que fossem eficientes. A unidade do direito patrimo-nial clássico poderia então, segundo a tese, exprimir a busca da eficiência, ou seja, a maximização dos ganhos conjuntos nas interações humanas, ou, de modo equivalente, a minimização de seu custo conjunto. Para estabelecer o fundamento de uma regra observada em dado sistema jurídico, procura-se demonstrar sua eficiência. Tal demonstração é facilitada pelo conhecimento que tenhamos das demonstrações semelhantes já estabelecidas nos grandes tratados de análise econômica do direito.

Nível 3: a regra desejável

2134 Por fim, há um terceiro nível de análise normativa, aquele que visa a se manifestar sobre as regras existentes ou que poderiam ser adotadas. Trata-se de missão sempre assumida pela doutrina dos países civilistas. No quadro da análise econômica, consiste em estabelecer os efeitos da norma e a julgá-la. Mais pontualmente, trata-se de determinar qual seria a norma eficiente e compará-la à regra existente ou à considerada.

2135 Examinaremos, agora, de forma sumária, as etapas da análise.

Seção 2

As etapas da análise

ETAPA 1: A ESTRUTURA DE INCENTIVOS

2136 Na primeira etapa, pretende-se atualizar a estrutura de incentivos da norma. Regras diferentes implicam custos diferentes para litigantes. Já apre-sentamos, atrás, análise dos efeitos do aumento do custo do petróleo e os da proibição de abortamento. Tomando como exemplo mais civilista, pode-se in-dagar a respeito dos efeitos da regra de atribuição de riscos em relação à venda.

13. Posner 1972, p. 98: "*The common law method is to allocate responsibilities between people engaged in interacting activities in such a way as to maximize the joint value, or, what amounts to the same thing, minimize the joint the joint cost of the activities*" (o método da *common law* é alocar as responsabilidades entre pessoas que interagem de forma a maximizar o valor conjunto, ou, o que é a mesma coisa, a minimizar o custo conjunto das atividades). Na 5ª edição (1998), esta discussão está na p. 271, o que bem demonstra a expansão do volume ao longo do período que medeia o primeiro quarto de século de sua publicação.

Conforme a norma jurídica atribua o risco de perda ao vendedor ou ao com-prador, as precauções que um ou outro adotarão e os seguros que contratarão variarão. O postulado da escolha racional prevê que adaptarão seus comporta-mentos de forma a reduzir a incidência dos ônus que o direito lhes impõe.

2137 Para refazer os efeitos, convém comparar a regra com sua contrária, como, por exemplo, a atribuição dos riscos ao vendedor e depois ao comprador. No caso, mais complexo, de danos exemplares, que aparecem no art. 1621, do novo *Código Civil de Québec*, contrastamos com as perdas e danos compensa-tórias. Determinamos, em seguida, o que os agentes farão em cada regime e comparamos os resultados. A mudança de regra pode lançar uma sombra sobre a operação entre as partes em uma negociação ou em operação de longa duração. A relação de cada uma das partes com terceiros pode ser modificada, refletindo mais ou, ao contrário, menos interesse. Todos esses efeitos devem ser levados em conta.

2138 Ao fazer essas análises, é preciso ter em mente as "ferramentas econô-micas" que são parte da análise econômica do direito. Muitas introduções mostram essas ferramentas como parte distinta da obra.[14]

2139 Implicitamente, elaboramos um *modelo* muito simples de comportamento das duas partes. Na medida em que se os trabalha em conjunto com econo-mistas, eles poderão fazer essa modelagem de forma explícita, com o auxílio de vocabulário matemático apropriado, que tem vantagens na medida em que a complexidade das relações aumenta. Esta etapa é essencial no primeiro nível da análise econômica do direito (cálculo dos efeitos) e constitui primeiro pas-so nos dois outros níveis de análise (fundamento da regra; regra desejável).

ETAPA 2: OS OBJETIVOS SUBJACENTES

2140 A comparação dos resultados a que se chega, na primeira etapa, ao con-trastar as diferentes regras, permite avaliar qual delas atinge, no total, os custos mais baixos. Chega-se, dessa forma, ao nível 2 ou 3 da análise econô-mica do direito (fundamento da regra; regra desejável). Se presumirmos o le-gislador animado pelo desejo de evitar perdas, a norma que gerar os menores custos será a preferida. Ocorre que a análise de grande número de normas de direito civil clássico mostra que, em muitos casos, o legislador parece ter optado por esta regra. Fazendo a análise para a *common law* clássica, Posner formula a tese da eficiência do direito privado clássico. Lida de forma descriti-va, a tese descreve a realidade do direito com justeza, ainda que não de modo perfeito.[15] Ainda assim, a correspondência é bastante boa para considerar a eficiência ou o não desperdício como um tema subjacente e unificador do

14. Friedman 2000; e a parte I desta obra.

15. Friedman 2000, 297 e segs. Na página 306, Friedman considera a tese, por um instante, não provada ("*the jury is still out on the Posner thesis*" – o júri ainda não está incluído na tese de Posner).

direito civil. Posner retoma a tese no plano normativo, declarando que é ade-quado para formular regras de modo a que sejam conformes com a solução da eficiência ou, se dela se afastarem, explicar os motivos do afastamento.

2141 O direito da responsabilidade pode ser lido sob essa ótica no sentido de procurar minimizar os custos ligados aos acidentes: a soma dos custos do acidente, se ocorrer, do custo das medidas de precaução para tentar evita-lo e, enfim, dos custos ligados à administração do sistema. O direito das coisas procurará otimizar os incentivos à boa gestão e à inovação. Pode-se, dessa for-ma, voltar para todo o direito a fim de detectar a lógica subjacente.[16] Epstein fez esse exercício para o direito patrimonial clássico e o publicou sob o título

Regras simples para um mundo complexo.[17]

2142 Evitando "reinventar a roda" nestas análises, convém ter em mente a leitu-ra comumente admitida das diferentes instituições nas obras de análise econô-mica do direito. Certamente essa leitura foi articulada a partir das instituições da *common law,* sobretudo a norte-americana; mas a lógica dos conceitos civi-listas correspondentes não é tão diferente, sendo, pois, oportuno ler o que foi desenvolvido pelos autores da *common law* como ponto de partida, e refiná-la durante a análise. De Geest e De Moor articularam uma teoria geral que toma toda a teoria do direito dos contratos, propondo uma explicação em termos de minimização dos custos para toda uma gama de doutrinas como a da aceitação tácita, do erro, da aparência etc.[18] Convém, da mesma forma, ter em mente os conceitos auxiliares desenvolvidos na análise econômica do direito como aqueles do teste de Hand (para descrever a culpa) ou do *"cheapest cost avoider"* (a pessoa que melhor ou ao menor custo pode reduzir o risco de perdas),[19] bem como o conjunto de lições da escola da *escolha coletiva* (*public choice*).[20]

ETAPA 3: O AUMENTO DO REALISMO, CONSIDERADOS OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

2143 As discussões apresentadas até agora são retrato claro, mas simplificado, como o do mundo sem atrito na física. Como qualquer modelo, esse retrato pode ter valor pedagógico ao pôr em evidência a ossatura das instituições que tentamos compreender. Porém, para os fins de análise das políticas le-gislativas e jurisprudenciais, é preciso acrescentar o realismo. Para a análise

16. Como tentamos demonstrar por meio deste livro.

17. Epstein 1995.

18. De Geest e outros, 2002.

19. Ver Calabresi 1970, 136 e segs.

20. Em francês ver, entre outros, Mackaay 2000 (Capítulo 5); Simonnot 2003; Crozet 1997; Gé-néreux 1996; uma introdução de fácil leitura em inglês é Mitchell e Simmons 1994; Shughart e Razzolini 2001.

econômica do direito, isso significa a introdução dos custos de transação que, neste modelo, correspondem à fricção do modelo da física. Os custos de tran-sação são todos os encargos que impedem que uma troca (no sentido econô-mico) aparentemente desejável, seja feita. Incluem as despesas de organização, de pesquisa, de negociação, de fiscalização, incerteza, de precauções contra o potencial oportunismo da outra parte contratante, que aparece sob forma de desperdício, risco moral, baluarte).[21] Muitas espécies de custos de transação já foram analisadas na literatura sobre análise econômica do direito. O conceito de *cheapest cost avoider* é enriquecido pelas noções satélites de *cheapest informa-tion provider, cheapest insurer* (a parte que pode se garantir ao menor custo) e *best briber* (aquela dentre as pessoas que fazem parte de uma organização complexa que está em melhor posição para negociar com todas as outras).[22] Uma vez que a regra deve ser aprovada pelo Congresso, é preciso lembrar os ensinamentos da escola das escolhas coletivas (*public choice)*, indicando que nesse processo os interesses concentrados podem influenciar, de forma desproporcional, a forma e o conteúdo da regra adotada. Paralelamente, nada garante, mesmo em demo-cracias representativas, que a legislação realmente votada reflete, com fidelida-de, o que a maioria teria preferido ver aprovado.[23]

2144 Adicionalmente a essas ferramentas, podemos lembrar regras que não encontram explicação confortável no modelo mais simples e cujo escopo ma-nifesto é reduzir os custos de transação. Uma gama de regras sobre direito dos contratos e direito das sociedades comerciais se explica, por exemplo, para frustrar diferentes formas de comportamento oportunistas.[24] Como ilustração do papel explicativo dos custos de transação, considere-se artigo cujo tema é a origem dos direitos fundamentais. A tese é que tais direitos só aparecem após uma bem-sucedida revolução baseada em amplo apoio popular. E que qualquer grupo menor que possa expulsar os detentores do poder poderia, em seguida, criar privilégios em seu benefício – lembremos o presidente Suharto na Indonésia.[25] Todavia, os custos de transação associados à mobilização de amplo apoio popular diante de um tirano podem ser proibitivos ou custar a cabeça dos organizadores. Explica-se, assim, por que a primeira articulação de um direito fundamental é um evento de regra excepcional na história.

2145 A questão essencial nesta etapa é determinar se a regra que visa a con-trolar uma forma de custo de transação consegue, globalmente, reduzir os custos, dado o custo que ela mesma cria. A regra corretiva pode, por exemplo,

21. Sobre estas noções ver Parte II, Capítulo 1.

22. Calabresi 1970, 150.

23. Referências citadas: Mackaay 2000, Capítulo 5; Simonnot 2003; Mitchel e Simmons 1994; Shughart e Razzolini 2001.

24. Ver especialmente Kraakman e outros 2004.

25. Mackaay 1997a.

provocar efeitos secundários relevantes e indesejáveis. A lógica da responsa-bilidade extracontratual pressupõe que o causador de um prejuízo está frente ao custo que seu comportamento cria para terceiros. O custo de acesso à justiça pode, pois, impedir as vítimas de pleitear, como se dá, muitas vezes, no caso de direito do consumo; da mesma forma é difícil fazer prova, por exemplo, de vícios em bens tecnologicamente complexos. É preciso acredi-tar que os prejuízos possam ser criados por "descontos". Para corrigir essa perversidade, pode-se pensar em medidas que tornem a justiça acessível me-diante custas menores, como se dá no caso das varas para procedimentos de pequenos créditos ou recurso coletivo. Esses corretivos, por sua vez, geram efeitos secundários indesejáveis; para a corte de pequenos créditos, é preciso instaurar uma forma de bilhete moderador para evitar o abuso da instituição sob a ilusão da gratuidade; para os recursos coletivos, a larga escala para a qual foi criado (muitas pessoas agrupadas) justifica meios jurídicos importan-tes, mas ainda assim e ao mesmo tempo, constitui ameaça para a outra parte, qualquer que seja o fundamento do recurso. É necessário, portanto, um pro-cedimento anterior de exame para evitar abuso da instituição. Outro corretivo seria admitir os danos punitivos, ajustados de forma a que o autor de grande número de danos seja condenado, em processo excepcionalmente proposto para um só caso, pelo conjunto de danos causados. Como, entretanto, avaliar corretamente os danos e a que título atribuir esse montante de uma só vitima que processou e conseguiu a condenação?

2146 Para responder às indagações é preciso fazer complexas comparações ins-titucionais. Os efeitos, para as instituições jurídicas mais antigas, são, nor-malmente, conhecidos. Conhecemos, por exemplo, os efeitos dos vícios do consentimento – servem para conter comportamentos oportunistas. A expe-riência vivenciada mostrou os limites que devem ser respeitados para evitar que essas doutrinas protetivas engendrem, por sua vez, efeitos perversos. Para danos exemplares, os recursos coletivos, as presunções de fato e de di-reito que alteram o ônus da prova, temos menos conhecimento. À falta de estudos empíricos, devemos nos apoiar nas estimativas informadas (*educated guesses*) com base em instituições comparáveis e mais bem conhecidas. Esta etapa é útil nos três níveis de análise econômica do direito.

ETAPA 4: ESTUDOS EMPÍRICOS

2147 A análise conceitual empreendida nas três primeiras etapas chega ao fim. Para avançar, é preciso articular a análise sob a forma de hipóteses precisas que se prestem a estudos "empíricos" (no sentido inglês). A observação sis-temática da realidade permite, então, pronunciar-se sobre o bom fundamento de nossas análises. Importa lembrar que a análise econômica não se limita

ao que é avaliável em moeda. Ao contrário, os economistas como Becker[26] e Tullock[27] demonstraram como aplicá-la a fenômenos não de mercado e, por vezes, a comportamentos que, em aparência, não seriam racionais.

2148 A análise empírica é mais difícil e exige mais tempo que a conceitual. Exige, ainda, o domínio de um conjunto de ferramentas especializadas (for-mulação de modelos, técnicas de análise de dados etc.). A atual formação do jurista não o prepara, verdadeiramente, para esse tipo de trabalho e, em consequência, deverá atuar juntamente com o economista. É preciso, então, ter vocabulário comum, compartilhado, e compreender bem a contribuição e o modo de operação do parceiro.

2149 Ainda que a análise conceitual possa atualizar a unidade do direito (pri-vado) constituindo, por este motivo, uma ferramenta que tem lugar entre os métodos de trabalho dos doutrinadores, a análise econômica do direito deve ser julgada em último recurso pela correspondência com modelos da reali-dade. Essa correspondência é estabelecida, exatamente, pelos estudos empí-ricos. Felizmente se constata crescente interesse por esse tipo de estudo na literatura dedicada à análise econômica do direito. Esta etapa é útil para os três níveis de análise econômica do direito.

CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

2150 O que a análise econômica do direito pode fazer para os juristas de países da família civilista? Não a mesma coisa que faz para os juristas da *common law.* Para os dois grupos é evidente que a análise econômica do direito não oferece cálculo simples sobre o qual se possa, quase mecanicamente, traduzir um pro-blema jurídico, resolvê-lo e "retrotraduzi-lo", na terminologia do operador do direito. A utilização normativa da análise econômica do direito exige cautela. Entretanto, a análise econômica do direito permite, em quase qualquer cir-cunstância, indicar os efeitos relevantes e por vezes não suspeitos das normas jurídicas. Para os juristas de países civilistas, habituados a pesquisar a uni-dade de seu direito, a análise econômica do direito propõe outra leitura que dá visibilidade a essa unidade. Isso constitui mudança a ser especialmente adotada pelos civilistas, mais até do que na tradição da *common law.* A análise econômica do direito se distingue de outras disciplinas vizinhas do direito, como a sociologia do direito, notadamente a que repousa sobre número bem restrito de conceitos, mais aplicados por repetição e que propõe leitura es-clarecedora e, em geral, insuspeita da maior parte das instituições jurídicas em quase todos os campos do direito privado e, em medida que pode ser um pouco menor, do direito público. Lembra aos juristas de tradição civilista a

26. Por exemplo, Becker 1971; 1981; Becker e Nashat Becker 1997.

27. Por exemplo, Tullock 1971; McKenzie e Tullock 1981; Tullock 1986.

nobre missão da doutrina e constitui resposta que dinamiza o positivismo auxiliando na tradição civilista à medida que os códigos envelhecem.

Conclusão

"[...] in contrast to the exhilaration which the discoveries of the physical sciences tend to produ-ce, the insights which we gain from the study of the society more often have a dampening effect on our aspirations."

"[…] em contraste com a alegria que as descobertas das ciências da física tendem a produzir, a perspicácia que ganhamos com o estudo da sociedade, com mais frequên-cia, amortecem nossas aspirações."

2151 Chegamos, em conclusão, à questão de saber o que a análise econômica do direito pode trazer para o saber jurídico do civilista. Como a abordagem foi desenvolvida para o sistema norte-americano, fundado na *common law,* não se pode presumir sem mais que encontrará terreno fértil nos sistemas civilistas e neles frutificará.[28] Ao contrário, apontamos as dificuldades específicas que terá a recepção dessa abordagem na França. Para superá-las, seria necessário um mínimo de exemplos legíveis pelos juristas "civilistas", como este livro se esforçou por oferecer.

2152 Consideradas essas reservas, é possível, parece-nos, ser otimista. O tom correto é encontrado em tese recente: "a análise econômica é ferramenta mui-to útil para a reflexão do jurista. Essa ferramenta tem natureza metodológica, e ligações com o direito comparado".[29] Não apenas nos parece que a análise econômica do direito possa ser transposta para os sistemas civilistas, mas que deverá ocupar um lugar de destaque, tão importante quanto nos sistemas de *common law.*

2153 Seu papel nos sistemas civilistas não é, claro, idêntico ao que tem nos pa-íses de *common law.* Nos sistemas civilistas, a esperança que traz está em rea nimar a doutrina, que tendia a se confinar a um papel descritivo e lembrá-la de sua função, que é pôr em evidência, esclarecer, os fundamentos do direito civil e mostrar sua ligação com a realidade social e as necessárias adaptações às novas realidades.[30] Longe de ameaçar a tradição civilista, a análise econô-mica do direito promete, ao contrário, reforçar os aspectos que exigem mais respeito. A análise econômica do direito pode consolidar o conhecimento do "civilista comum", que Philippe Rémy vê ameaçado pelos "especialistas", cada vez mais numerosos em domínios cada vez mais restritos.[31] Nenhuma

28. Muir, Watt 2002.
29. Maitre 2005.
30. Missão que tenta, mesmo com ponto de partida diferente, Gordley 2006.
31. Rémy 1986.

outra disciplina próxima do direito – a sociologia do direito, a antropologia jurídica, a criminologia – oferece suporte tão amplo, tão concreto e variado para a compreensão do direito.

2154 Essas afirmativas partem da observação de Mattei segundo quem, ao lon-go da segunda metade do século XX, o centro de gravidade da teoria do direito nos sistemas ocidentais mudou dos sistemas civilistas francês e alemão em direção ao norte-americano.[32] Hatzis sustenta que, após as codificações fran-cesa e alemã e até a metade do século XX, as doutrinas francesa e alemã ti-nham papel de destaque mundial e que muitas instituições jurídicas francesas e alemãs foram objeto de empréstimos.[33] Durante esse período, a doutrina, nesses países, oferecia quadro teórico que sustentava, eficazmente, as adapta-ções do direito codificado exigidas para seguir as mudanças sociais.[34]

2155 Ao longo da última metade do século XX, nesses países, a doutrina se atolou, progressivamente, num positivismo que Hatzis não hesita em qualifi-car como antiteórico. Em comparação com o meio norte-americano, imagina que falta debate teórico capaz de dali sair.[35] Atualmente, os sistemas civilistas estão, aos seus olhos, desprovidos de inspiração teórica capaz de modelar os novos instrumentos jurídicos para enquadrar as maiores mudanças biomé-dicas, tecnológicas e sociais por que a sociedade passou em um quarto de século. O que fizeram foi tomar emprestado (*transplantar*) instituições de-senvolvidas nos Estados Unidos da América, o vocabulário para elas criado, em detrimento de categorias tradicionais consideradas, num golpe, velhas. Seja-nos permitido lembrar nossa experiência em Québec, onde tivemos pro-blemas para interessar os estudantes a apresentar uma tese sobre tema de direito civil, embora se abraçassem temas como comércio eletrônico, a justiça cibernética, o estatuto do sangue: propriedade ou bem comum, o estatuto jurídico (e ético) das manipulações genéticas, a água – propriedade comum e temas semelhantes. O civilista vê esses assuntos como fora de moda, matérias desatualizadas em consequência de mudanças sociais que o direito tem a bela e boa missão de regular.

2156 Os Estados Unidos da América, fiéis à tradição da *common law,* nunca tinham desenvolvido em quadro teórico tão forte e integrado quanto o dos sistemas civilistas codificados para sustentar a adaptação do direito. Esta-vam, portanto, vulneráveis à mensagem essencialmente antiteórica, niilista, formulada pela corrente do realismo jurídico norte-americano no início do século XX.[36] O vazio que se seguiu deu espaço para debates teóricos e ligações

32. Mattei 1994. Também Mattei 1997.
33. Hatzis 2000, p. 10, nt. 33.
34. Ver, por exemplo, Arnaud 1975; Belleau 1997.
35. Hatzis 2000, 2.4.
36. É preciso admitir que os realistas preconizaram a pesquisa “empírica”.

com as ciências sociais. Os Estados Unidos da América as enfrentaram mais do que proporcionalmente na tradição ocidental ao longo da segunda metade do século XX. Posner crê – mas, entendemos, de forma equivocada – que o tempo do direito enquanto disciplina autônoma, isolado das ciências sociais, está contado.[37] Entre tais correntes, a análise econômica do direito ganhou lugar de destaque que soube conservar.

2157 A especial conjuntura dos Estados Unidos da América permitiu a ne-cessária abertura dos espíritos para que uma nova corrente como a análise econômica do direito pudesse, inicialmente, emergir. Era preciso, ainda, ga-rantir que a corrente fosse mais do que um fenômeno passageiro, e mereces-se ser transplantada para outros sistemas jurídicos. Para o primeiro ponto, basta observar em que medida a análise econômica do direito, 40 anos após o lançamento, continua a desfrutar interesse sustentado e crescente naquele país.[38] As aquisições do movimento foram integradas nos cursos de base das faculdades de direito e, dessa forma, no conhecimento ordinário dos juristas. Numerosos estudos empíricos trouxeram suporte ao movimento que lhe per-mite superar o nível de conjecturas e deduções teóricas.[39] Em uma palavra, a análise econômica do direito tem validade que ultrapassa o efeito modismo.

2158 Para o direito civil, a análise econômica do direito tem uma promessa diferente daquela reservada para a *common law.* Certo, traz para o jurista do direito civil, como a seu colega da *common law*, algum conhecimento sobre temas da economia que deve, retomando observação de Posner,[40] "afastar a crença de que os mercados deixados livres darão lugar a abuso, exploração, ou monopólio; que o capitalismo nada mais é do que gigantesco jogo de cap-tura do ingênuo, do simplório, e que a empresa privada não existe senão por força da exploração dos trabalhadores, consumidores e outras pessoas vulneráveis".

2159 A análise econômica do direito tem a fazer, ainda, aporte específico para o direito civil. A sistematização da teoria nos sistemas codificados permite en-contro mais direto com a análise econômica do direito. A análise econômica do direito explica a razão de ser dos princípios do direito civil ao associá-los aos efeitos sociais que produzem e que ela propõe julgar no que concerne à propositura de regras à luz de seus efeitos. Os desenvolvimentos propos-tos neste livro mostram que confirma o saber do jurista civilista. Oferece

37. Posner 1987.

38. Ellickson 2000; Shapiro 2000.

39. Ver, por exemplo, os estudos empíricos no campo do direito relativos aos acidentes: Dewees e outros 1996.

40. Posner 1993; 566 (tradução livre): "[...] *people who don't know economics exaggerate the monopolistic and exploitative character of unregulated markets. A feeling that capitalism is a gigantic con game, that private enterprise exists mainly to rip off workers, consumers and other vulnerable people* [...]."

à doutrina tradicional dos civilistas as ferramentas necessárias para que se adaptem às circunstâncias mutáveis das sociedades do final do século XX e início do século XXI. Os debates sobre a oportunidade de pensar uma codi-ficação europeia, ou ao menos uma articulação de princípios comuns subja-centes no direito dos contratos e da responsabilidade civil extracontratual, frequentemente, recorrem ao direito comparado e à análise econômica do direito. Longe de ameaçar a tradição civilista, a análise econômica do direito parece-nos o meio por excelência para dinamizá-la. Que este livro possa con-tribuir para essa nobre missão!

B i b l i o g r a f i a

"A Response to the Efficiency Symposium", (1980) 8 *Hofstra Law Review* 811-972 "Droit et Économie (numéro spécial)", (1992) 37 *Archives de philosophie du droit* 1 "Symposium on Efficiency as a Legal Concern", (1980) 8 *Hofstra Law Review* 485-770 "Symposium: Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives", (1980) 9
Journal of Legal Studies 189-427

"Symposium: The Place of Economics in Legal Education", (1983) 33 *Journal of Legal Education* 183-369

"*The Minimum Wage Debate* (numéro spécial)", (1997) 17 *Journal of The Institute of Economic Affairs* 2-28

't Sas-Rolfes 1995: 't Sas-Rolfes, Michael, *Rhinos: Conservation, Economics and Trade-Offs,* London, Institute of Economics Affairs, 1995

Abbott et al. 2002: Abbott, L. J., S, Parker et G.F. Peters, Audit Committee Characteristi-cs and Financial Misstatement: A Study of the Efficacy of Certain Blue Ribbon Committee Recommandations, Working Paper, University of Memphis, 2002

Acemoglu et al. 2001: Acemoglu, Daron, Simon Johnson et James a Robinson, "The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation", (2001) 91
American Economic Review 1369-1401

Acemoglu et al. 2004: Acemoglu, Daron, Simon Johnson et James A. Robinson, *Institu-tions as the Fundamental Cause of Long-Run Growth,* NBER Working Paper N°. 10481,2004 [http://papers.nber.org/tmp/28085-w10481.pdf)

Ackerman 1975: Ackerman, Bruce A. (dir.), *Economic Foundations of Property Law,* Boston, Little Brown, 1975

Adams 1980: Adams, Michael, *Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte Ein Beitrag zur Reform der Mobiliarsicherheiten* [Analyse économique des suretés – Une contribution à la réforme des suretés mobilières], Königstein/ Ts., Athenäum Verlag GmbH, 1980

Adams 1981: Adams, Michael, *Ökonomische Analyse des Zivilprozesses* [Analyse économi-que du procès civil]. Königstein/Ts., Athenäum Verlag GmbH, 1981

Adams 1985: Adams, Michael, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaf-tung* [Analyse économique de la responsabilité civile pour risque et pour faute], Heidel-berg, R. v. Decker's Verlag, G. Schenk, 1985

Adams 2002: Adams, Michael, *Ökonomische Theorie des Rechts – Konzepte und Anwendungen* [Théorie économique du droit – Concepts et applications], Frankfurt am Main, Peter Lang – Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2002

Adler 1998: Adler, Barry E., "Secured Credit Contracts", dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 3, London, MacMillan, 1998, p. 405-410

Affleck-Graves et al. 1993: Affleck-Graves John, Shantaram P. Hedge, Robert E. Miller, Frank K. Rilley, "The Effect of the Trading System on the Underpricing of Initial Public Offerings", (1993) 22 *Financial Management* 99

Aftalion 1978: Aftalion, Florin, *Socialisme et économie,* Paris, Presses Universitaires de France, 1978

Aïdan 2001: Aïdan, Paul, *Droit des marchés financiers: réflexions sur les sources,* Paris, Banque éditeur, 2001

Aivazian et al. 1984: Aivazian, Varouj A., Michael J. Trebilcock et Michael Penny, "The Law of Contract Modifications: The Uncertain Quest for a Bench Mark of Enforceabili-ty", (1984) 22 *Os goode Hall Law Journal* 173-212; extrait reproduit dans Goldberg 1989, p. 201-207

Akerlof 1970: Akerlof, George A., «The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", (1970) 84 *Quarterly Journal of Economics* 488-500; repris dans Akerlof, George A. (dir.), *An Economic Theorist's Book of Tales,* Cambridge, Cambridge Uni-versity Press, 1984, p. 7-22

Alchian 1950: Alchian, Armen A., "Uncertainty, Evolution and Economic Theory", (1950) 58 *Journal of Political Economy* 211-221

Alchian 1965: Alchian, Armen A., "Some Economics of Property Rights", (1965) 30 *Il Politico* 816-829 (à l'origine miméo, Rand Corp 1961)

Alchian e Demsetz 1972: Alchian, Armen A. et Harold Demsetz, "Production, Infor-mation Costs, and Economic Organization", (1972) 62 *American Economic Review* 777-795

Alchian/Demsetz 1973: Alchian, Armen A. et Harold Demsetz,« The Property Right Paradigm", (1973) 33 *Journal of Economic History* 16-27

Allen 1991: Allen, Douglas W., "What are Transaction Costs?", (1991) 14 *Research in Law and Economics* 1-18

Allen 2000: Allen, Douglas W., "Transaction Costs", dans *Bouckaert/De* Geest 2000, vol. I, p. 893-926

Allen et al. 2002: Allen, William A., Jack B. Jacobs et Leo E. Strine, "The Great Takeover Debate: A Meditation on Bridging the Conceptual Divide", (2002) 69 *University of Chicago Law Review* 1067-1100

Alpa et al. 1998: Alpa, Guido, Perluigi Chiassoni et al. (dir.), *Analisi economica del diritto privato* [Analyses économiques du droit privél, Milano, Giuffrè, 1998

Alston et al. 1996: Alston, Lee J., Thráinn Eggertson et Douglass C. North (dir.), *Empi-rical Studies in Institutional Change,* New York, Cambridge University Press, 1996

Amihud/Mendelson 1988: Amihud, Yakov et Morris Mendelson, "Liquidity and As-set Prices: Financial Management Implications", (1988) 17 *Financial Management,* 5 (printemps)

Anderson 1974: Anderson, A.G., “The Disclosure Process in Federal Securities Regula-tion: A Brief Review”, (1974) 25 *Hastings Law Journal* 311

Anderson 1978: Anderson, A.G., “Conflicts of Interests: Efficiency, Fairness and Corpo-rate Structure”, (1978) 25 *UCLA Law Review* 738

Anderson 2004: Anderson, Chris, “The Long Tail”, (2004) 12/10 *Wired* [http://www.wired.com/wired/archive/12.10/tail_pr.html] [http://www. thelongtail.com/]

Anderson 2007: Anderson, Chris, *The Long Tail,* London, Rand House Business Books, 2007

Anderson/Hill 2003: Anderson, Terry L. et Peter J. Hill, “The Evolution of Property Rights”, dans Anderson/McChesney 2003, p. 118-141

Anderson/Latham 1986: Anderson, B.L. et A.J.H. Latham (dir.), *The Market in History,* London, Croom Helm, 1986

Anderson/Leal 1991: Anderson, Terry L. et Donald R. Leal, *Free Market Environmentalism,* San Francisco, CA, Pacific Research Institute for Public Policy, 1991

Anderson/McChesney 2003: Anderson, Terry L. et Fred S. McChesney (dir.), *Property Rights – Cooperation, Conflict, and Law,* Princeton, Princeton University Press, 2003

Andreff et al. 1982: Andreff, Wladimir et al., *L’économie fiction – Contre les nouveaux écono-mistes,* Paris, François Maspero, 1982

Andrès 2006: Andrès, Antonio Rodríguez, “The Relationship between Copyright ÙSof-tware Protection and Piracy: Evidence form Europe”, (2006) *21 European Journal of Law and Economics* 29-51

Angelier 1991: Angelier, Jean-Pierre, *Économie industrielle – Éléments de méthode,* Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1991

Ansoff 1968: Ansoff, I., “Stratégie du développement de l’entreprise”, Editions Hommes & Techniques, Paris, 1968, *spéc.* p. 35

Antaki/Bouchard 1999: Antaki, Nabil N. et Charlaine Bouchard, *Droit et pratique de l’en-treprise,* t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999

Aoki 1998: Aoki, Keith, “Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection”, (1998) 6 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 11-32 **Archambault/Greffe 1984:** Ar-chambault, Édith et Xavier Greffe (dir.), *Les économies non officielles,* Paris, Éditions La Découverte, 1984

Arezzo 2006: Arezzo, Emanuela, *Intellectual Property Rights at the Crossroad between Mo-nopolization and Abuse of Dominant Position: American and European Approaches Compared,* rapport, 2006 [http://ssrn.com/abstract=935047]

Armstrong 1997: Armstrong, Christopher, *Blue Skies and Boiler Rooms,* Toronto, Univer-sity of Toronto Press, 1997

Armstrong 2001: Armstrong, Christopher, *Moose Pastures and Mergers,* Toronto, Univer-sity of Toronto Press, 2001

Arnaud 1975: Arnaud, André-Jean, *Les juristes face à la société du XIX*e *siècle à nos jours,* Paris, Presses Universitaires de France, 1975

Arnott 1998: Arnott, Richard,"Rent control", dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgra-ve Dictionary of Economics and the Law,* vol. 3, London, MacMillan, 1998, p. 305-310

Arrow 1962/1971: Arrow, Kenneth J.,"Economic Welfare and the Allocation of Resour-ces for Invention", dans Lamberton, Donald McLean (dir.), *The Economics of information and knowledge: Selected Readings,* Harmondsworth, Penguin Books, 1971, p. 141-159; paru à l'origine dans: *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors,* Prin-ceton, Princeton University Press, 1962, p. 609-626

Arrow 1974: Arrow, Kenneth J., *The Limits of Organization,* New York, Norton, 1974

Arrow/Debreu: Arrow, Kenneth J. et Gerard Debreu, "Existence of a Competitive Equi-librium for a Competitive Economy", (1954) 22 *Econometrica* 265-290

Assmann et al. 1978: Assmann, Heinz-Dieter, Christian Kirchner et Erich Schanze (dir.), *Ökonomische Analyse des Rechts,* Kronberg/Ts., Athenuäum Verlag GmbH, 1978

Atias 1987: Atias, Christian (dir), "L'analyse économique du droit (numéro spécial)", (1987) 1987-2 *Revue de recherche juridique 409-785*

Atiyah 1970: Atiyah, Patrick S., *Accidents, Compensation and the Law,* London, Weidenfeld & Nicolson, 1970

Atiyah 1979: Atiyah, Patrick S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract,* Oxford, Clarendon Press, 1979

Atiyah 1980: Atiyah, Patrick S., *Accidents, Compensation and the Law,* 3e éd., London, Wei-denfeld & Nicolson, 1980

Attali/Guillaume 1974: Attali, Jacques et Marc Guillaume, *L'anti-économique,* Paris, Pres-ses Universitaires de France, 1974

Axelrod 1984: Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation,* New York, Basic Books, 1984 *(Donnant-donnant – Theorie du comportement coopératif,* Paris, Éd. Odile Jacob (coll. sciences humaines), 1992)

Axelrod 1986: Axelrod, Robert, "An Evolutionary Approach to Norms", (1986) 80 *Ame-rican Political Science Review* 1095-1111

Axelrod 1988: Axelrod, Robert et Douglas Dion, "The Further Evolution of Coopera-tion", (1988) 242 *Science* 1385-1390

Axelrod 1997: Axelrod, Robert, *The Complexity of Cooperation – Agent Based Models of Com-petition and Collaboration,* Princeton, Princeton U niversity Press, 1997

Axelrod/Keohane 1986: Axelrod, Robert et Robert G. Keohane, "Achieving Cooperation under Anarchy", dans Oye, Kenneth (dir.), *Cooperation under Anarchy,* Princeton, Prince-ton University Press, 1986, p. 226-254

Ayres/Gertner 1989: Ayres, Ian et Ruth H. Gertner,"Filling Gaps in Incomplete Con-tracts: An Economic Analysis of Default Rules", (1989) 99 *Yale Law Journal* 87

Ayres/Parchomovsky 2004: Ayres, Ian et Gideon Parchomovsky, *Tradable Patent Permits,* 2004 [http://faculty.fuqua.duke.edu/centers/innovation/Tradable%20Patent%20Per-mits. pdf]

Backhaus 1999: Backhaus, Jürgen G. (dir.), *The Elgar Companion to Law and Economics,* Aldershot, UK, Edward Elgar, 1999

Backhaus 2005: Backhaus, Jürgen G. (dir.), *The Elgar Companion to Law and Economics,* 2e éd., Aldershot, UK, Edward Elgar, 2005

Baechler 1971: Baechler, Jean, *Les origines du capitalisme,* Paris, Gallimard, 1971

Baechler 1994: Baechler, Jean, *Précis de la démocratie,* Paris, Callman-Lévy/ Éditions Unesco, 1994

Baechler 1995: Baechler, Jean, *Le capitalisme* – 1. *Les origines;* 2. *L'économie capitaliste,* Paris, Gallimard, 1995

Bainbridge 2002: Bainbridge, Stephen, *Corporations Law and Economics,* Foundation Press, 2002

Baird 1980: Baird, Charles, *Rent Control: The Perennial Folly,* San Francisco, The Cato Ins-titute, 1980

Baird et al. 1994: Baird, Douglas G., Robert H. Gertner et Randall C. Picker, *Game Theory and the Law,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1994

Baird/Jackson 1984: Baird, Douglas G. et Thomas Jackson, "Information, Uncertainty, and the Transfer of Land", (1984) 13 *Journal of Legal Studies* 299-320

Bakan 2004: Bakan, Joel, *Psychopathes & cie*: *la soif pathologique de profit et de pouvoir,* Mon-tréal, Éditions Transcontinental, 2004

Ballantine 1925: Ballantine, Henry W., "Separate Entity of Parent and Subsidiary Corpo-rations", (1925) 14 *California Law Review* 12

Barber 1996: Barber, Benjamnin R., *Jihad vs. McWorld,* New York, Ballantine, 1996

Barnard 1938: Barnard, C. I., *The Functions of the Executives,* Harvard University Press, Cambridge, 1938

Barnett 1984: Barnett, Randy E. "Contract Scholarship and the Reemergence of Legal Philosophy", (1984) 97 *Harvard Law Review* 1223-1245

Barnett 1987: Barnett, Randy E., "Curing the Drug-Law Addiction – The Harmful Side Effects of Legal Prohibition", dans Hamowy, Ronald (dir.), *Dealing with Drugs – Consequen-ces of Government Control,* San Francisco, Pacific Research Institute for Public Policy, 1987, p. 73-102

Barnett 1991: Barnett, Randy E., "Rights and remedies in a consent theory of contract", dans Frey, R.G. et Christopher W. Morris (dir.), *Liability and Responsability – Essays in law and morals,* Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 135-172

Barrère/Chossat 2004: Barrère, Christian et Veronique Chossat, "Intellectual Property Rights and Cultural Heritage: The Case of Non-Cumulative and Non -Degenerative Cre-ation", (2004) 1 *Review of Economic Research on Copyright Issues* 97-117 [http://www.serci. org/ docs_1_2/barrere.pdf]

Barry 1981: Barry, Jonh F., "The Economics of Outside Information and Rule 10b-5", (1981) 129 *University of Pennsylvania Law Review* 1307

Barry 1982: Barry, Norman P., "The Tradition of Spontaneous Order", (1982) 5 *Literature of Liberty* 1-58

Barry 1989: Barry, Norman P., *An Introduction to Modern Political Theory,* 2e éd., New York, St. Martin's Press, 1989

Barthe 1988: Barthe, Marie-Annick, *L'économie cachée,* Paris, Syros/Alternatives, 1988

Bartlett 1989: Bartlett, Randall, *Economics and power – An inquiry into human relations and markets,* Cambridge, Cambridge University Press, 1989

Barton 1972: Barton, John H., "The Economic Basis of Damages for Breach of Contract", (1972) 1 *Journal of Legal Studies* 277-304

Barzel 1989: Barzel, Yoram, *Economic Analysis of Property Rights,* Cambridge, Cambridge University Press, 1989

Barzel 2003: Barzel, Yoram, "Property Rights in the Firm", dans Anderson/McChesney 2003, p. 43-57

Baskin/Mirandi 1994: Baskin, Jonathan B., et Paul J. Mirandi, *A History of Corporate Fi-nance,* Cambridge, Cambridge University Press, 1994

Baskin/Mirandi 1997: Baskin, Jonathan B. et Paul J. Mirandi, *A History of Corporate Fi-nance,* Cambridge, Cambridge University Press, 1997

Bastiat [1848]/1983: Bastiat, Frederic, "L'État", dans Bastiat, Frédéric (dir.), *Propriété et loi, suivi de I'État,* Paris, Editions de I'Institut Économique de Paris [1848], 1983, p. 35-47

Baudouin/Deslauriers 2003: Baudouin, Jean-Louis et Patrice Deslauriers, *La responsabi-lite civile,* 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003

Baudouin/Jobin 1998: Baudouin, Jean-Louis et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations,* 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998

BaudouinlLabrusse-Riou 1987: Baudouin, Jean-Louis et Catherine LabrusseRiou, *Pro-duire l'homme*; *de quel droit? – Étude juridique et ethique des procreations artificielles,* Paris, Presses Universitaires de France, 1987

Baumer/Marschall 1992: Baumer, David Lee et Patricia Marschall, "Willful Breach of Contract for the Sale of Goods: Can the Bane of Business be an Economic Bonanza?", (1992) 65 *Temple Law Review* 159-184

Baumol 2004: Baumol, William J., *Education for Innovation; Entrepreneurial Breakthrou-ghs vs. Corporate Incremental Improvements,* rapport, NBER Working Paper 10578, 2004; [http://www.nber.org/papers/w10578]

Beaulac 2002: Beaulac, Stéphane, "A Comparative Look at Punitive Damages in Cana-da", dans Beaulac, Stéphane, Stephen G.A. Pitel et Jennifer L. Schultz (dir.), *The Supreme Court Law Review,* 2nd series, vol. 17, "The Joy of Torts", Toronto, Butterworths, 2002, p. 351-373

Beaver 1980: Beaver, William H, "The Nature of Mandatory Disclosure", dans Posner, Richard A. et K. Scott (dir.), *Economics of Corporation Law and Securities Regulation,* Boston, Little, Brown & Co., 1980, p. 317

Bebchuk 1989: Bebchuk, Lucian, "The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law", (1989) 89 *Colorado Law Review* 1395

Bebchuk 1989h: Bebchuk, Lucian *A.,* "Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments", (1989) 102 *Harvard Law Review* 1820

Bebchuk 2003: Bebchuk, Lucian *A.,* "The Cases for Shareholder Access to the Ballot" (2003) 59 *Business Lawyer* 43-66

Becker 1957: Becker, Gary, *The Economics of Discrimination,* Chicago, University of Chica-go Press, 1957

Becker 1971: Becker, Gary S., *The Economics of Discrimination,* 2e éd., Chicago, University of Chicago Press (1957), 1971

Becker 1976: Becker, Gary S., "Irrational Behavior and Economic Theory", dans Becker, Gary S. (dir.), *The Economic Approach to Human Behavior,* Chicago, University of Chicago Press, 1976, p. 153-168 (publié à l'origine dans (1962) 70 *journal of Political Economy* 1-13)

Becker 1981: Becker, Gary S., *A Treatise on the Family,* Cambridge, MA, Harvard Univer-sity Press, 1981

Becker 1983: Becker, Gary S., "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence", (1983) 98 *Quarterly journal of Economics* 371-400

Becker 1996: Becker, Gary S., "Unemployment in Europe and the United States", (1996) 7 *journal des Économistes et des Études Humaines* 99-101

Becker/Nashat Becker 1997: Becker, Gary S. et Guity Nashat Becker, *The Economics of Life,* New York, McGraw-Hill, 1997

Becquet 2005: Becquet, Samuel, *Le bien industriel,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005

Behrens 1984: Behrens, Peter, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts Politische Ökonomie als rationale jurisprudenz,* Tübingen, J.CB. Mohr (Paul Siebeck), 1984

Beito 1990: Beito, David T., "Mutual Aid for Social Welfare: The Case of American Fra-ternal Societies", (1990) 4 *Critical Review* 709-736

Beito 1997: Beito, David T., " "This Enormous Army": The Mutual Aid Tradition of Ame-rican Fraternal Societies before the Twentieth Century", dans Frankel Paul, Ellen, Fred D. Miller Jr. et Jeffrey Paul (dir.), *The Welfare State,* Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 20-38

Beito 2000: Beito, David T., *From Mutual Aid to the Welfare State – fraternal Societies and Social Service 1890-1967,* Chapel Hill, NC, University of North Carolina Press, 2000

Bell 1987: Bell, Jacques, "Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée", dans Tallon, Denis et Donald Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui: com-paraisons franco-anglaises,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, p. 233-259

Bell 1998: Bell, Tom W., "Fair Use Vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Ma-nagement on Copyright's Fair Use Doctrine", (1998) 76 *North Carolina Law Review* 557-619 [http://www.tomwbell.com/Writings.html#copyright]

Bell 2001: Bell, Tom W., "Escape From Copyright: Market Success vs.

Statutory Failure in the Protection of Expressive Works", (2001) 69 *University of Cincinna-ti Law Review* 741-805 [http://www.tomwbell.com/writings/ (C)Esc.html]

Bell/ Parchomovsky: Bell, Abraham et Gideon Parchomovsky, "The Integration Game", (2000) 100 *Columbia Law Review* 1965

Belleau 1997: Belleau, Marie-Claire, "The "Juristes Inquiets": Legal Classicism and Cri-ticism in Early Twentieth-Century France", (1997) 1997 *Utah Law Review* 3 79-424

Bellivier/Noiville 2006: Bellivier, Florence et Christine Noiville, *Contrats et vivant – Le droit de la circulation des ressources biologiques,* Paris, Librairie générale de droit et de juris-prudence, 2006

Beneton 1983: Bénéton, Philippe, *Le fléau du bien – Essai sur les politiques sociales occidenta-les (1960-1980),* Paris, Robert Laffont, 1983

Benhamou/Uvecque 1983: Benhamou, Jean et Aliette Levecque, *La mutualité,* Paris, Presses Universitaires de France, 1983 (Que sais-je? N° 2114)

Benkler 2001: Benkler, Yochai, "A Political Economy of the Public Domain: Markets in Information Goods versus the Marketplace of Ideas", dans Cooper Dreyfuss, Rochelle, Diane Leenheer Zimmerman et Harry First (dir.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society,* Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 267-294

Benkler 2002: Benkler, Yochai, "Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm", (2002) 112 *Yale Law Journal* 369-44

Benkler 2002a: Benkler, Yochai, "Intellectual Property and the Organization of Informa-tion Production", (2002) 22 *International Review of Law and Economics* 81-107

Benkler 2004: Benkler, Y ochai, "Commons-Based Strategies and the Problem of Pa-tents", (2004) 305 *Science* 1110-1111

Benkler 2005: Benkler, Yochai, *The Wealth of Networks*: *How Social Production Transforms Markets and Freedom,* New Haven, Yale University Press, 2005

Ben-Shahar 2005: Ben-Shahar, Omri, "An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms", (2005) 25 *International Review of Law and Economics* 350-370

Benson 1981: Benson, Bruce L., "Corruption of Public Officials: The Black Market for Property Rights", (1981) 5 *Journal of Libertarian Studies* 305-311

Benson 1994: Benson, Bruce, "Emerging from the Hobbesian Jungle: Might Takes and Makes Rights", (1994) 5 *Constitutional Political Economy* 129-158

Benson 1997: Benson, Bruce L., "Where Does Law Come From?", (1997) 47/12 The Freeman [http://www.fee.org/publications/thefreeman/article.asp? aid= 4716&prinCview=true]

Benson 2001: Benson, Peter (dir.), *The Theory of Contract Law – New Essays,* Cambridge, Cambridge University Press, 2001

Benson/Baden 1985: Benson, Bruce L. et John Baden, "The political economy of gover-nmental corruption: The logic of underground government", (1985) 14 *Journal of Legal Studies* 391-410

Benston 1973: Benston, George, "Required Disclosure and the Stock Market", (1973) 63 *American Economic Review* 132

Beny 2006: Beny, Laura N., *Insider Trading Laws and Stock Markets Around the World: An Empirical Contribution* to *the Theoretical Law and Economics Debate,* rapport, University of Mi-chigan Law School, Law and Economics Research Paper N°. 04-004, 2006 [http://papers. ssrn.com/soI3/papers.cfrn? abstract_id= 193070]

Beny 2007: Beny, Laura N., *Do Investors Value Insider Trading Laws? International Eviden-ce, rapport,* University of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper N°. 06-003, William Davidson Institute Working Paper N°. 837; Journal of Law, Economics and Policy (Symposium on Insider Trading) – à paraître [http://ssrn.com/abstract=296111]

Berkes 2002: Berkes, Fikret, "Cross-Scale Institutional LInkages: Perspectives from the Bottom Up", dans Ostrom 2002, p. 293-321

Berle 1931: Berle, Adolf A., “Corporate Powers As Powers In Trust”, (1931) *44 Harvard Law Review* 1049

Berle 1932: Berle, Adolf A., “For Whom Corporate Managers Are Trustees: A Note”, (1932) 45 *Harvard Law Review* 1365

Berle 1954: Berle, Adolf A., *The 20th Century Capitalist Revolution,* New York, Harcourt Brace, 1954

Berle/Means 1932: Berle, Adolf A. and Gardner C. Means, *The Modern Corporation And The Private Property,* New York, McMillan, 1932

Berle/Means 1956: Berle, Adolf A. et Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property,* 2e éd., New York, MacMillan, 1956

Bernstein 1996: Bernstein, Peter L., *Against the Gods – The remarkable story of risk,* New York, John Wiley & Sons, 1996

Bernstein 1999: Bernstein, Lisa, “The Questionable Empirical Basis of Article 2’s Incor-poration Strategy: A Preliminary Study”, (1999) 66 *University of Chicago Law Review* 710-780; repris dans Mackaay, Ejan (dir.), *Les certitudes du droit/Certainties of the Law,* Montréal, Éditions Thémis, 2000, p.189-278

Bernstein 2004: Bernstein, William J., *The Birth of Plenty*: *How the Prosperity of the Modern World was Created,* New York, McGraw-Hill, 2004

Bernstein 2005: Bernstein, Anita, “Whatever Happened to Law and Economics?”, (2005) 64 *Maryland Law Review* 303-336

Bertel1997: Bertrel, J.-P., “La position de la doctrine sur l’intérêt social”, (1997) *Droit* & *patrimoine* 42 *spéc.*

Berthon/Gallais-Hamonno 1994: Berthon, Jean et Georges Gallais- Hamonno, *Les op-tions négociables,* Paris, Presses Universitaires de France, 1994

Bertrand 2003: Bertrand, Élodie, *Les* “*théorèmes de Coase”: énoncés et critiques microéconomi-ques,* thèse de doctorat, Université Paris I Panthéon – Sorbonne, 2003

Bertrand/Destais 2002: Bertrand, Élodie et Christophe Destais, “Le “théorème de Co-ase”, une réflexion sur les fondements microéconomiques de l’intervention publique”, (2002) 41 *Reflets et Perspectives de la vie économique* 111-124

Bessen 2006: Bessen, James E., *The Value of U.S. Patents by Owner and Patent Characteristics,* rapport, Boston University School of Law Working Paper N°. 06-46, 2006 [http://ssrn. com/abstract=949778]

Bessen/Hunt 2004: Bessen, James et Robert M. Hunt, *An Empirical Look at Software Pa-tents,* rapport, 2004 [http://www.researchoninnovation.org/ swpat.pdf]

Bessen/Meurer 2005: Bessen, James et Michael J. Meurer, *The Patent Litigation Explosion,* ra-pport, 2005 [http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi? article=1532&context=alea]

Bézard 2004: Bézard, P., “Face-à-face entre la notion française d’intérêt social et la gou-vernance d’entreprise”, (2004) 31 *Petites affiches* 50

Bhattacharjee et al. 2006: Bhattacharjee, Sudip, Ram D. Gopal, Kaveepan Lertwachara, James R. Marsden, “Impact of Legal Threats on Online Music Sharing Activity: An Analy-sis of Music Industry Legal Actions”, (2006) 49 *Journal of Law and Economics* 91-114

Bhattacharya/Daouk 2002: Bhattacharya, Utpal et Hazem Daouk, "The World Price of Insider Trading", (2002) 57 *Journal of Finance* 75-108

Birmingham 1969: Birmingham, Robert L., "Damage Measures and Economic Rationa-lity: The Geometry of Contract Law", (1969) 49 *Duke Law Journal* 49-71

Birmingham 1970: Birmingham, Robert L., "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency", (1970) 24 *Rutgers Law Review* 273-292

Bishop 1998: Bishop, William, Comparative Administrative Law, dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 1, London, MacMillan, 1998, p. 327-335

Bittlingmayer 2000: Bittlingmayer, George, "The Market for Corporate Control (Inclu-ding Takeovers)", dans Bouckaert/De Geest 2000, vol. III, "The Regulation of Contracts", p. 727-771

Black 1984: Black, Anthony, *Guilds and Civil Society in European Political Thought from the Twelfth Century to the Present,* Ithaca, NY, Cornell University Press, 1984

Black 1990: Black, Bernard S., "Is Corporate Law Trivial? A Political and Economic Analysis", (1990) 84 *Northwestern University Law Review* 542

Black 1991: Black, Bernard S., "Shareholder Passivity Reexamined", (199091) 89 *Michi-gan Law Review* 520

Black 2000: Black, Bernard S., "The First International Merger Wave (and the Fifth and Last U.S. Wave)", (2000) 54 *University of Miami Law Review* 799-818

Black/Kraakman 1996: Black, Bernard S. et R. Kraakman, "A Self-Enforcing Model of Corporate Law", (1996) 109 *Harvard Law Review* 1911

Black/Kraakman 2002: Black, Bernard S. et Reinier Kraakman, "Delaware's Takeover Law: The Uncertain Search for Hidden Value", (2002) 95 *Northwestern University Law Review* 521-566

Blair 1995: Blair, Margaret M., *Ownership and Control: Rethinking Corporate Governance for the Twenty-first Century, Washington,* Brookings, 1995

Blaise 2002: Blaise, Jean-Pierre, *Droit des affaires,* 3e éd., Paris, L.G.D.J., 2002

Blanchard 2004: Blanchard, Elliot, "Terminal 250: Federal Regulation of Airlline Over-booking", (2004) 79 *New York University Law Review* 1799-1832

BlocklOlssen 1981: Block, Walter et Edgar Olssen (dir.), *Rent Control-Myths and Reality,* Vancouver, Fraser Institute, 1981

Boldrin/Levine 2005: Boldrin, Michele et David K. Levine, *Against Intellectual Monopoly,* 2005 [http://www.econ.umn.edu/%7emboldrin/aim.html]; [http://levine.sscnet.ucla.edu/general/intellectual/against.htm]

Boldrin/Levine 2005a: Boldrin, Michele et David K. Levine, "Intellectual Property and the Efficient Allocation of Social Surplus from Creation", (2005) *2 Review of Economic Research on Copyright Issues* 45-67

Bolton/Dewatripont 2005: Bolton, Patrick et Mathias Dewatripont, *Contract Theory,* Cambridge, MA, The MIT Press, 2005

Booth/Smith 1986: Booth, John et Clifford R. Smith, "The Certification Role of the In-vestment Banker in New Issue", (1986) *Journal of Applied Corporate Finance* 56

Boucher/Palda 2000: Boucher, Michel et Filip Palda, *Ici, Ie peuple gouverne – Pour une ré-forme de la démocratie,* Montréal, Éditions Varia, 2000

Bouckaert 1987: Bouckaert, Boudewijn, "L'analyse économique du droit: vers un renou-veau de la science juridique?", (1987) 18 *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* 47-61

Bouckaert 1993: Bouckaert, Boudewijn, "Air Port and En Route Slot Allocation. A Pro-perty Rights approach", (1993) 28 *European Transport Law* 77-99

Bouckaert 1997: Bouckaert, Boudewijn, "Between the Market and the State: The World of Medieval Cities", dans Radnitzky, Gerard (dir.), *Values and Social Order,* vol. 3. "Volun-tary versus Coercive Orders", Aldershot, Avebury, 1997, p. 213-241

Bouckaert 1997a: Bouckaert, Boudewijn, "Droit de dirigeables ou pouvoir des dirigeants – Analyse économique et abus des droits de propriété", dans Leube, Kurt, Angelo Petroni et James S. Sadowsky (dir.), *Festschrift in honour of Jacques Garello / Essais rediges en l'honneur de Jacques Garello,* Torino, La Rosa Editrice, 1997, p. 33-46

Bouckaert/De Geest 1992: Bouckaert, Boudewijn et Gerrit De Geest, *Bibliography of Law and Economics,* Deventer, Kluwer, 1992

Bouckaert/De Geest 1995: Bouckaert, Boudewijn et Gerrit De Geest, "Private Takings, Private Taxes, Private Compulsory Services: The Economic Doctrine of Quasi-Contracts", (1995) 15 *International Review of Law and Economics* 463-487

Bouckaert/De Geest 2000: Bouckaert, Boudewijn et Gerrit De Geest (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics,* Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2000 [http://allserv.rug.ac.be/~g-degeest/tablebib.htm]

Boudon 1977: Boudon, Raymond, *Effets pervers et ordre social,* Paris, Presses Universitai-res de France, 1977

Boudon 1979: Boudon, Raymond, *La logique du social- Introduction à l'analyse sociologique,* Paris, Hachette, 1979

Boudon 1984: Boudon, Raymond, *La place du désordre,* Paris, Presses Universitaires de France, 1984

Boudon 2006: Boudon, Raymond, *Renouveler la démocratie – Éloge du sens commun,* Paris, Odile Jacob, 2006

Boulding 1973: Boulding, Kenneth E., *The Economy of Love and Fear,* Belmont, CA, Wadsworth Publishing Company, 1973

Bourcier/Dulong 2004: Bourcier, Danièle et Mélanie Dulong De Rosnay (dir.), *Interna-tional Commons at the Digital Age: la création en partage,* Paris, Romillat, 2004

Bowen 1953: Bowen, H.R., "Social Responsibilities of the Businessman", New York, Harper & Brother, 1953

Boyer/Dionne 1985: Boyer, Marcel et Georges Dionne, "Sécurité routière: responsabili-té pour négligence et tarification", (1985) 18 *Canadian Journal of Economics/Revue canadien-ne d'économique* 814-830

Boyer/Dionne 1987: Boyer, Marcel et Georges Dionne, "Description and Analysis of the Quebec Automobile Insurance Plan", (1987) 13 *Canadian Public Policy/Analyse de politiques* 181-195

Boyfield 2003: Boyfield, Keith (dir.), *A Market in Airport Slots,* London, Institute of Eco-nomic Affairs, 2003

Boyle 2002: Boyle, James,“Fencing Off Ideas”, (2002) 131 *Daedalus* 13-25: [http://james -boyle.com/daedalus. pdt]

Boyle 2003a: Boyle, James, “Foreword: The Opposite of Property?”, (2003) 66 *Law and Contemporary Problems* 1-32

Boyle 2003b: Boyle, James, “The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain”, (2003) 66 *Law and Contemporary Problems* 33-74

Bozec/Rousseau/Laurin 2006: Bozec, Yves, Stéphane Rousseau et Claude Laurin, “Law of Incorporation and Ownership Structure: The Law and Finance Theory Revisited”, 2006 (SSRN: http://ssrn.com/abstract=927420)

Brams 1975: Brams, Steven J., *Game Theory and Politics,* Glencoe, IL, Free Press, 1975

Brams 1985: Brams, Steven J., *Superpower Games – Applying Game Theory to Superpower Conflict,* New Haven, Yale University Press, 1985

Braudell979: Braudel, Fernand, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV*[e]*-XVIII*[e] *siécle,* Paris, Armand Colin, 1979 (3 tomes)

Braudel 1985: Braudel, Fernand, *La dynamique du capitalisme,* Paris, Arthaud, 1985

Brealey 1992: Brealey, Richard et al., *Principles of Corporate Finance,* 2[e] éd. Can., Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1992

Brealey/SickiGiammarino 1992: Brealey, Richard, Gordon Sick et Ronald Giammarino, *Principles of Corporate Finance,* Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1992

Brennan/Buchanan 1985: Brennan, Geoffrey et James M. Buchanan, *The Reason of Rules – Constitutional Political Economy,* Cambridge, Cambridge University Press, 1985

Brenner 1980: Brenner, Reuven, “Economics – An Imperialist Science?”, (1980) 9 *Jour-nal of Legal Studies* 179-188

Brenner 1985: Brenner, Reuven, *Betting on Ideas – Wars, Invention, Inflation,* Chicago, Uni-versity of Chicago Press, 1985

Brenner 1987: Brenner, Reuven, *Rivalry – in Business, Science, Among Nations,* Cambridge, Cambridge University Press, 1987

Brenner 1990: Brenner, Reuven, “Market Power: Innovations and Antitrust”, dans Ma-thewson, Frank, Michael J. Trebilcock et Michael Walker (dir.), *The Law and Economics of Competition Policy,* Vancouver, B.C., Fraser Institute, 1990, p. 179-216

Brenner 1994: Brenner, Reuven, *Labyrinths of Prosperity – Economic Follies, Democratic Re-medies,* Ann Arbor, University of Michigan Press, 1994

Brenner/Brenner 1990: Brenner, Reuven et Gabrielle A. Brenner, *Gambling and Specu-lation – A Theory, a History, and a Future of Some Human Decisions,* Cambridge, Cambridge University Press, 1990

Breton 1974: Breton, Albert, The *Economic Theory of Representative Government,* London, MacMillan, 1974

Breton 1978: Breton, Albert, *Le bilinguisme: une approche économique,* Montréal, Institut de recherche C.D. Howe, 1978

Breton/Scott 1978: Breton, Albert et Anthony Scott, The *Economic Constitution of Federal States,* Toronto, University of Toronto Press, 1978

Bridbury 1986: Bridbury, A.R., “Markets and Freedom in the Middle Ages”, dans B.L. Anderson et A.J.H. Latham (dir.), *The Market in History,* London, Croom Helm, 1986, p. 79-119

Brittan 1995: Brittan, Samuel, *Capitalism with a Human Face,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1995

Broome 1998: Broome, John, “Modern Utilitarianism”, dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 2, London, MacMillan, 1998, p. 651-656

Brousseau 1993: Brousseau, Eric, *L’économie des contrats – Technologies de l’information et coordination interentreprises,* Paris, Presses Universitaires de France, 1993

Brudney 1985: Brudney, Victor, “Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract”, (1985) 85 *Columbia Law Review* 1403

Brunhes 2001: Brunhes, Bernard, “Réflexions sur la gouvernance”, (2001) 2 *Droit Social* 115 *spéc.*

Buchanan 1965: Buchanan, James M., “An Economic Theory of Clubs”, (1965) 32 *Econo-mica* 1-14; repris dans Tyler Cowen (dir.), The *Theory of Market Failure,* Fairfax, VA, George Mason University Press, 1988, 193-208

Buchanan 1975: Buchanan, James M., *The Limits of Liberty – Between Anarchy and Levia-than,* Chicago, University of Chicago Press, 1975

Buchanan 1979: Buchanan, James M., “Economics and Its Scientific Neighbors”, dans Buchanan, James M. (dir.), *What Should Economists Do?,* Indianapolis, LibertyPress, 1979, p. 115-142

Buchanan 1984: Buchanan, James M., “The Limits of Taxation”, dans Walter E. Blocket Michael A. Walker (dir.), *Taxation – An International Perspective,* Vancouver, Fraser Institu-te, 1984, p. 41-55

Buchanan 1990: Buchanan, James M., “The Domain of Constitutional Economics”, (1990) 1 *Constitutional Political Economy 1-18*

Buchanan 1991: Buchanan, James M. (00.), *Constitutional Economics,* Oxford, Basil Bla-ckwell, 1991

Buchanan 1993: Buchanan, James M., “How Can Constitutions Be Designed so that Politicians Who Seek to Serve “Public Interest” Can Survive and Prosper?”, (1993) 4 *Constitutional Political Economy* 1-6

Buchanan 1997: Buchanan, James M., “Can Democracy Promote the General Welfare?”, dans Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller Jr et Jeffrey Paul (dir.), *The Welfare State,* Cambri-dge, Cambridge University Press, 1997, p. 165-179

Buchanan 1999: Buchanan, James M. (dir.), The Logical Foundations of Constitutional Liberty (The Collected Works of James M. Buchanan, vol. 1), Indianapolis, Liberty Fund, 1999

Buchanan/Tullock 1962: Buchanan, James M. et Gordon Tullock, *The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy,* Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962

Buchanan/Yoon 2000: Buchanan, James M. et Yong J. Yoon, “Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons Property”, (2000) 43 *Journal of Law and Economics* 1-14

Buckley 1999: Buckley, Frank H. (dir.), *The Fall and Rise of Freedom of Contract,* Durham, BNC, Duke University Press, 1999

Buckley 2005: Buckley, Frank H., *Just Exchange – A Theory of Contract,* London, Routledge, 2005

Buckley/Gillen/Yalden 1995: Buckley, F.H., Mark R. Gillen et Robert Yalden, *Corpora-tions – Prindples and Polides,* 3e éd., Toronto, Emond Montgomery Publications, 1995

Burk 2006: Burk, Dan L., *Intellectual Property in the Context of E-Science,* rapport, Minne-sota Legal Studies Research Paper nº 06-47, 2006 [http:// ssrn.com/abstract=9294 79]

Burrows/Veljanovski 1981: Burrows, Paul et Cento G. Veljanovski (dir.), *The Economic Approach to Law,* London, Butterworths, 1981

Butler 1989: Butler, Henry N., "The Contractual Theory of the Corporation", (1989) 11 *Geo. Mason U. 1. Rev.* 99, 107

Butler/Ribstein 1988: Butler, Henry N. et Larry E. Ribstein, "State AntiTakeover Sta tutes and the Contract Clause", (1988) 57 *University Of Cindnnati Law Review* 614

Buxbaum 1985: Buxbaum, Robert M., "The Internal Division of Powers in Corporate Governance", (1985) 73 *California Law Review* 1671

Büyüksagis 2005: Büyüksagis, Erdem, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits – Analyse économique et comparative, Zurich, Schultess,* 2005

Cadbury 1992: *Cadbury,* A., *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance,* London, Burgess Science Press, 1992

Calabresi 1961: Calabresi, Guido, "Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts", (1961) 70 *Yale Law Journal* 499-553

Calabresi 1965: Calabresi, Guido, "The Decision for Accidents: An Approach to Non-fault Allocation of Costs", (1965) 78 *Harvard Law Review* 713-774

Calabresi 1970: Calabresi, Guido, *The Cost of Accidents – A Legal and Economic Analysis,* New Haven, Yale University Press, 1970

Calabresi 1991: Calabresi, Guido, "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Fur-ther", (1991) 100 *Yale Law Journal* 1211-1237

Calabresi/Melamed 1972: Calabresi, Guido et Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", (1972) 85 *Harvard Law Review* 1089-1128

Calabresi/Bobbit 1978: Calabresi, Guido et Philip Bobbit, *Tragic Choices,* New York, W.W. Norton & Cy, 1978

Calabresi/Melamed 1972: Calabresi, Guido et Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", (1972) 85 *Harvard Law Review* 1089-1128

Camara 2004: Camara, K. Alejandro Danao, *Classifying Institutional Investors,* Social Scien-ce Research Network, http://ssrn.com/abstract=573441, 2004

Canivet et al. 2005: Canivet, Guy, Marie-Anne Frison-Roche et Klein, Michael (dir.), *Me-surer I'efficacité économique du droit,* Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005

Cantin Cumyn 2000: Cantin Cumyn, Madeleine, *L'administration du bien d'autrui,* Cowa-nsville, Éditions Yvon Blais, 2000

Capron/Quairel2004: Capron, M., et F. Quairel-Lanoizelée, *Mythes et réalités de l' entre-prise responsable,* Paris, Éditions Découverte, 2004, p. 97

Carbonnier [1956]/1972: Carbonnier, Jean, *Droit civil,* t. 4, "Les obligations", 7e éd., coll. "Thémis", Paris, Presses Universitaires de France [1956], 1972

Carbonnier 1966: Carbonnier, Jean, *Droit civil,* t. 4, "Les obligations", 20e éd., coll.« The-mis", Paris, Presses Universitaires de France [1956], 1996

Carbonnier 1995: Carbonnier, Jean, *Droit civil,* t. 3, "Les biens: monnaie, immeubles, meubles", *16*e éd., call. "Thémis", Paris, Presses Universitaires de France, 1995

Carlson 1999: Carlson, Steven c., "Patent Pools and the Antitrust Dilemma", (1999) 16 *Yale Journal of Regulation* 359-399

Carlton/Fischel 1983: Carlton, Dennis W. et Daniel R. Fischel, "The Regulation of Insi-der Trading", (1983) 35 *Stanford Law Review* 857-895

Carney 2000: Carney, William J., "Limited Liability", dans Bouckaert/De Geest 2000, vol. III, "The Regulation of Contracts"

Caron 1978: Caron, Yves, "L'abus de pouvoir en droit commercial québécois", (1978) 19 *Cahiers de Droit* 7

Carr/Matthewson 1990: Carr, Jack L. et Frank Matthewson, "The Economics of Law Firms: A Study in Legal Organization of the Firm", (1990) 32 *Journal of Law and Economics* 307-330

Catala 1983: Catala, Pierre, "Ébauche d'une théorie juridique de l'information", (1983) 8 *Droit prospedif- Revue de la recherche juridique* 185-200

Catala 2005: Catala, Pierre, *Avant-projet de reforme du droit des obligations (Articles 1101 à* 1386 *du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à* 2281 *du Code civil) – Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Paris, Ministère de la Justice,* 2005 [http:// www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10047&ssrubrique=10049&article=11944]

Cavaliere 2004: Cavaliere, Alberto, "Product Liability in the European Union: Compen-sation and Deterrence Issues", (2004) 18 *European Journal of Law and Economics* 299-318

Cayne/Trebilcock 1973: Cayne, David et Michael J. Trebilcock, "Market Considerations in the Formulation of Consumer Protection Policy", (1973) *23 University of Toronto Law Journal* 396-430

Charpentier 1996: Charpentier, Élise M., "Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat", (1996) 26 *Revue de droit de I'Université de Sherbrooke* 300-320

Charreaux 1997: Charreaux, Gérard, "Conseil d'administration et pouvoir dans l'entre-prise", dans Charreaux, G. (dir.), *Le gouvernement des entreprises,* Paris, Économica, 1997

Cheffins 1997: Cheffins, Brian R., *Company Law – Theory, Structure and Operation,* Oxford, Oxford University Press, 1997

Cheffins/Black 2006: Chef fins, Brian R. et Bernard S. Black, "Outside Director Liability Across Countries", (2006) 84 *Texas Law Review* 1385

Cheung 1968: Cheung, Steven N.S., "Private Property Rights and Sharecropping", (1968) 76 *Journal of Political Economy* 1107-1122

Cheung 1969a: Cheung, Steven N.S., *The Theory of Share Tenancy,* Chicago, University of Chicago Press, 1969

Cheung 1969b: Cheung, Steven N.S., "Transaction Costs, Risk Aversion, and the Choice of Contractual Arrangements", (1969) 12 *Journal of Law and Economics* 23-42

Cheung 1970: Cheung, Steven N.S., "The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource", (1970) 13 *Journal of Law and Economics* 49-70, repr. dans Furu-botn, Eirik G. et Svetozar Pejovich (dir.), *The Economics of Property Rights,* Cambridge, MA, Ballinger, 1974, p. 11-30

Cheung 1973: Cheung, Steven N.S.,« The Fable of the Bees: An Economic Investigation", (1973) 16 *Journal of Law and Economics* 11-33; repris dans Tyler Cowen (dir.), *The Theory of Market Failure,* Fairfax, VA, George Mason University Press, 1988, 279-304

Cheung 1998: Cheung, Steven N.S., "The Transaction Costs Paradigm", (1998) 36 *Eco-nomic Inquiry* 514-521 [http://www.stevenxue.com/ref_134.htm]

Chiancone/Porrini 1997: Chiancone, Aldo et Donatella Porrini, *Lezioni di analisi econo-mica del diritto* [Lesçons d'analyse économique du droit], 2e éd., Torino, G. Giappichelli Editore, 1997

Chisum et al. 2004: Chisum, Donald S., Herbert F. Schwartz et al., *Principles of Patent Law: Cases and Materials,* 3e éd., New York, Foundation Press, 2004

Clark 1916: Clark, J .M., "The Changing Basis Of Economic Responsibility", (1916) 24 *Journal of Political Economy* no 3

Clark 1981: Clark, Robert C., "The Four Stages of Capitalism: Reflections on Investment Management Treatises", (1981) 94 *Harvard Law Review* 561

Clark/Piccolo 2000: Clark, Jeanne, Joe Piccolo et al., *Patent Pools: A Solution to the Problem of Access in Biotechnology Patents?,* rapport, United States Patent and Trademark Office, 2000

Clarkson et al. 1978: Clarkson, Kenneth W., Roger Leroy Miller et Timothy Muris, "Liquidated Damages versus Penalties: Sense or Nonsense?", (1978) *1978 Wisconsin Law Review* 351-390

Coase 1937: Coase, Ronald H., "The Nature of the Firm", (1937) 4 *Economica* 386-405

Coase 1959: Coase, Ronald H., "The Federal Communications Commission", (1959) 2 *Journal of Law and Economics* 1-40

Coase 1960: Coase, Ronald H., "The Problem of Social Cost", (1960) 3 *Journal of Law and Economics* 1-44, repris dans Coase, Ronald H., *The Firm, the Market and the Law,* Chicago, University of Chicago Press, 1988, 95-156, avec une annotation de 1988, 157-185 (trad. dans Coase 2000)

Coase 1974: Coase, Ronald H., "The Lighthouse in Economics", (1974) *17 Journal of Law and Economics* 357-376; repris dans Tyler Cowen (dir.), *The Theory of Market Failure,* Fairfax, VA, George Mason University Press, 1988, 255-277

Coase 1988: Coase, Ronald H., "Notes on the Problem of Social Cost", dans Coase, R. H. (dir.), *The Firm, the Market and the Law,* Chicago, University of Chicago Press, 1988; repris dans Coase 2000

Coase 1992: Coase, Ronald H., "The institutional structure of production", (1992) 82 *American Economic Review* 713-719, repris dans Coase 1994, 3-14, trad. dans Coase 2000, 107-119

Coase 1994: Coase, Ronald H., *Essays on Economics and Economists,* Chicago, University of Chicago Press, 1994

Coase 2000: Coase, Ronald H., *Le coût du droit,* Paris, Presses Universitaires de France, 2000

Cobin 1999: Cobin, John M., *A Primer on Modem Themes in Free Market Economics and Policy,* Parkland, FL, Universal Publishers, 1999

Cocuelle 2005: Cocuelle, F., "Les patrons du CJD n'ont pas peur des class actions", (2005) *Prises de position CJD,* février, [http://www.cjd.net/Default. aspx?tabid=97]

Coffee 1984: Coffee, John C., "Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System", (1984) 70 *Virginia Law Review* 717

Coffee 1984: Coffee, John C., "Regulating the Market for Corporate Control: A Critical Assessment of the Tender Offer's Role in Corporate Governance", (1984) 84 *Columbia Law Review* 1145

Coffee 1989: Coffee, John C., "The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role", (1989) 89 *Columbia Law Review* 1618

Cohen 1987: Cohen, Lloyd R., "Marriage, Divorce, and Quasi-Rents; Or "I Gave Him the Best Years of My Life"", (1987) 16 *Journal of Legal Studies* 267-303

Cohen 1992: George M. Cohen, "The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law", (1992) 20 *Hofstra Law Review* 941-1016

Cohen 2000: Cohen, George M., *The Collusion Problem in Agency Law,* rapport, University of Virginia School of Law – Legal Studies Working Papers Series, 2000 [http://papers. ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstrac_id= 198909]

Cohen 2002: Cohen, Lloyd R., "Marriage: The Long-Term Contract", dans Dnes, Antony W. et Robert Rowthorn (dir.), *The Law and Economics of Marriage and Divorce,* Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 10-34

Cohen/Noll 2001: Cohen, Linda R. et Roger G. Noll, "Intellectual Property, Antitrust and the New Economy", (2001) 62 *University of Pittsburgh Law Review* 453-473

Coipel 1999: Coipel, Michel, *Éléments de théorie générale des contrats,* Diegem, Belgique, Story-Scientia, 1999

Coleman 1990a: Coleman, James S., *Foundations of Social Theory,* Cambridge, MA, Belk-nap Press of Harvard University Press, 1990

Coleman 1990b: Coleman, James S., "Norm-generating structures", dans Karen S. Cook et Margaret Levi (dir.), *The Limits of Rationality,* Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. 250-273

Collins 1999: Collins, Hugh, *Regulating Contracts,* Oxford, Oxford University Press, 1999

Colombatto 2004: Colombatto, Enrico (dir.), *The Elgar Companion to the Economics of Pro-perty Rights,* Aldershot, UK, Edward Elgar, 2004

Colombet 1986: Colombet, Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins,* 3e éd., Paris, Dalloz, 1986

Comité Mixte 2001: Comité mixte sur la gouvernance d'entreprise, *Audelà de la conformi-té, la gouvernance, Rapport Saucier,* Toronto, 2001

Condon/Anand/Sarra 2003: Condon, Mary G., Anita I. Anand et Janis Sarra, *Securities Legislation in Canada,* Toronto, Emond Montgomery, 2003

Contin 1975: Contin, R., "Le controle de la gestion des societés anonymes", Paris, Litec, 1975

Cooter 1982: Cooter, Robert, "The Cost of Coase", (1982) 11 *Journal of Legal Studies* 1-34

Cooter 1985: Cooter, Robert D., "Unity in Tort, Contract, and Property", (1985) 73 *Ca-lifornia Law Review* 1-32

Cooter et al. 1982: Cooter, Robert D., Stephen G. Marks et Robert Mnookin, "Bargai-ning in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior", (1982) 11 *Journal of Legal Studies* 225-251 [http://works.bepress. com/robert_cooter/49]

Cooter et al. 2006a: Cooter, Robert, Ugo Mattei et al., *Il mercato delle regole. Analisi eco-nomica del diritto civile,* 2e éd., vol. I, "Fondamenti", Bologna, Edizioni del Mulino, 2006

Cooter et al. 2006b: Cooter, Robert, Ugo Mattei et al., *Il mercato delle regole. Analisi eco-nomica del diritto civile,* 2e éd., vol. II, "Applicazioni", Bologna, Edizioni del Mulino, 2006

Cooter/Eisenberg 2001: Cooter, Robert et Melvin A. Eisenberg, "Fairness, Character, and Efficiency in Firms", (2001) 149 *University of Pennsylvania Law Review* 1717

Cooter/Landa 1984: Cooter, Robert et Janet Landa, "Personal versus Impersonal Trade and the Optimal Size of Clubs", (1984) 4 *International Review of Law and Economics* 15-22

Cooter/Mattei et al. 2006: Cooter, Robert, Ugo Mattei et al., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile,* vol. I, "Fondamenti" [Le marché des règles. Analyse économi-que du droit civil, t. 1, "Fondements"], 2e éd., Bologna, Edizioni del Mulino, 2006

Cooter/Ulen 1988: Cooter, Robert D. et Thomas Ulen, *Law and Economics,* Glenview, IL, Scott, Foresman and Cy, 1988

Cooter/Ulen 1996: Cooter, Robert et Thomas Ulen, *Law and Economics,* 2e éd., New York, HarperCollins, 1996

Cooter/Ulen 2000: Cooter, Robert et Thomas Ulen, *Law and Economics,* 3e éd., New York, Addison Wesley Longman, 2000, disponible: [http:// works.bepress.com/robert_cooter/]

Cooter/Ulen 2004: Cooter, Robert D. et Thomas Ulen, *Law and Economics,* 4e éd., New York, Pearson Addison Wesley, 2004 (3e éd. disponible: http:// works.bepress.com/ro-bert_ cooter /)

Cooter/Ulen 2007: Cooter, Robert D. et Thomas Ulen, *Law and Economics,* 5e éd., New York, Pearson Addison Wesley, 2007

Cordeiro 1996: Cordeiro, Menezez, "La bonne foi à la fin du vingtième siècle", (1996) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 223-245

Cordero Moss 2007: Cordero Moss, Giuditta, "International Contracts between Com-mon Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith", (2007) 7 *Global Jurist Article* 3 [http://www.be-press.com/gj/voI7 /issl/art3]

Coriat/Weinstein: Coriat, Benjamin et Olivier Weinstein, *Les nouvelles théories de l'entre-prise,* Paris, Librairie générale de France, 1995

Cornell/Shapiro 1987: Cornell, Bradford et Alan C. Shapiro, "Corporate Stakeholders and Corporate Finance", (1987) 16 *Financial Management* 5 (printemps)

Comes/Sandler 1996: Comes, Richard et Todd Sandler, *The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods,* 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1996

Cornu 2000: Cornu, Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique,* Paris, Presses Universitaires de France, 2000

Correa 2000: Correa, Carlos M., *Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries,* Geneva, South Centre, 2000 [http:/ /www.southcentre.org/publica-tions/publichealth/publichealth.pdf]

Correa 2002: Correa, Carlos M., *Internationalization of the Patent System and* New *Techno-logies,* Texte soumis au Congrès sur le système international des brevets, OMPI, Genève, 25-27 mars 2002, [http://www.wipo.int/patent/ agenda/ en/meetings/2002/presenta-tions/correa.pdf]

Correa 2005: Correa, Carlos M., *How intellectual property rights can obstruct progress, Science and Development Network,* 4 avril 2005; [http://www.scidev.net/ dossiers/index.cfm?fuse-action=dossierReadItem&type=3&itemid=375&language= 1&dossier=8]

Couret 1996: Couret, Alain, "L'intéret social", *Cahiers de droit de l'entreprise.* 1996.4.1 *(spéc.)*

Cousineau 1991: Cousineau, Jean-Michel, "L'effet du salaire minimum sur le chômage des jeunes et des femmes au Québec: une réestimation et un réexamen de la question", (1991) 67 *Adualité économique* 144-165

Couvrat 1988: Couvrat, Jean-Fransçois et Nicolas Pless, *La face cachée de l'économie mon-diale,* Paris, Hatier, 1988

Cowen 1988: Cowen, Tyler (dir.), *The Theory of Market Failure,* Fairfax, VA, George Mason University Press, 1988

Cowen 1988a: Cowen, Tyler, "Introduction", dans Cowen 1988, p. 1-26

Cox 1986: Cox, James D., "Insider Trading and Contracting: A Critical Response to the Chicago School", [1986] *Duke Law Journal* 628-659

Cozian/Viandier: Cozian, Maurice et Alain Viandier, *Droit des sociétés,* 8e éd., Paris, Litec, *spéc.* No 468

Craswell 2003: Craswell, Richard, "Response In that Case, What is the Question? Eco-nomics and the Demands of Contract Theory", (2003) 112 *Yale Law Journal* 903-924

Craswell 2006: Craswell, Richard, "Taking Information Seriously: Misrepresentation and Nondisclosure in Contract Law and Elsewhere", (2006) *92 Virginia Law Review* 565-632 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=827685]

Craswell/Schwartz 1994: Craswell, Richard et Alan Schwartz (dir.), *Foundations of Con-tract Law,* New York, Oxford University Press, 1994

Crepeau 1989: Crépeau, Paul-André, *L'intensité de l'obligation,* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989

Crépeau/Charpentier 1998: Paul-André Crépeau et Élise M. Charpentier, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec: valeurs partagées*?/*The Unidroit Principles and the Civil Code of Québec: Shared Values?,* Scarborough, Carswell, 1998

Crete 2005: Crête, Raymonde, “Les concepts flexibles et le contrôle des abus en droit québécois des sociétés par actions”, dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 231, *Developpements récents sur les abus de droit,* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 131-169

Crete 2006: Crête, Raymonde, “Le raisonnement judiciaire fondé sur l’équité dans les conflits entre actionnaires de petites sociétés: l’éclairage d’une approche consensuelle”, (2006) 47 *Cahiers de droit* 33-87

Crete/Bedard/Rousseau 2004: Crête, Raymonde, Jean Bédard et Stéphane Rousseau, “Les vérificateurs-comptables et la fiabilité de l’information financière: les messages de l’environnement institutionnel et juridique”, (2004) 45 *Cahiers de droit* 219- 294

Crete/Rousseau 1997: Crête, Raymonde et Stéphane Rousseau, “De la passivité à l’ac-tivisme des investisseurs institutionnels au sein des corporations: le reflet de la diversité des facteurs d’influence”, (1997) 42 *McGill Law Journal* 797

Crete/Rousseau 2002: Crête, Raymonde et Stéphane Rousseau, *Droit des sociétés par adions, principes fondamentaux,* Montréal, Éditions Thémis, 2002

Crête/Rousseau 2008: Crête, Raymonde et Stéphane Rousseau, *Droit des sociétés par ac-tions, principes fondamentaux,* 2e éd., Montréal, Éditions Theémis, 2008 (à paraître)

Crozet 1997: Crozet, Yves, *Analyse économique de l’État,* Paris, Armand Colin, 1997

Cunningham 1979: Cunningham, Robert L. (dir.), *Liberty and the Rule of Law,* College Station, TX, Texas A&M University Press, 1979

Cunningham 1994: Cunningham, Lawrence A., “From Random Walks to Chaotic Crashes: The Linear Genealogy of the Efficient Capital Market Hypothesis”, (1994) 62 *George Washington Law Review* 546

Curran 2000: Curran, Christopher, “The Endowment Effect”, dans Bouckaert/De Geest 2000, vol. I, p. 819-835

Curti 2003: Curti, Henning, *Agents and Brokers as Intermediaries: Their Regulation in Ger-many,* rapport, German Working Papers in Law and Economics, vol. 2003, paper nº 17, 2003 [http://www.bepress.com/gwp]

Dahlman 1979/1988: Dahlman, Carl J., “The Problem of Externality”, (1979) 22 *Journal of Law and Economics* 141-162, repris dans Cowen, Tyler (dir.), *The Theory of Market Failure,* Fairfax, VA, George Mason University Press, 1988, p. 209-234

Dahlman 1980: Dahlman, Carl J., *The Open Field System and Beyond,* Cambridge, Cambri-dge University Press, 1980

Daigre 1996: Daigre, J.- J., “Le gouvernement d’ entreprise: feu de paille ou mouvement de fond?”, *Droit & patrimoine,* juillet/août 1996

Dalphond 1994: Dalphond, Pierre J., “Entreprise et vente d’entreprise en droit civil qué-bécois”, (1994) 54 *Revue du Barreau* 35

Dam 2001: Dam, Kenneth W., “Self-Help in the Digital Jungle”, dans Cooper Dreyfuss, Rochelle, Diane Leenheer Zimmerman et Harry First (dir.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society,* Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 103-122

Daniels 1993: Daniels, Ronald J., “Stakeholders and Takeovers: Can Contractrarianism Be Compassionate?”, (1993) 43 *University of Toronto Law Journal* 315-351

Daniels/Iacobucci 2000: Daniels, Ronald J. et Edward M. Iacobucci, “Some of the Cau-ses and Consequences of Corporate Ownership Concentration in Canada”, dans Morek, Randall K. (dir.), *Concentrated Corporate Ownership,* Chicago, University of Chicago Press, 2000

Daniels/MacIntosh 1991: Daniels, Ronald J. et Jeffrey G. MacIntosh, “Toward a Distinc-tive Canadian Corporate Law Regime”, (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 863

Daniels/Morek 1996: Daniels, Ronald J. et Randall Morck, *La régie des sociétés au Canada et les choix sur le plan des politiques,* document de discussion n°. 3, Ottawa, Industrie Ca-nada, 1996

Danielson 1992: Danielson, Peter A., *Artificial Morality – Virtuous Robots for Virtual Games,* London, Routledge, 1992

Danzon 1998: Danzon, Patricia *M.,* “Medical Malpractice”, dans vol. 2, Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* London, MacMillan, 1998, p. 624-635

Dasgupta 2007: Dasgupta, Partha, *Economics – A Very Short Introduction,* Oxford, UK, Oxford University Press, 2007

Davies/Hopt 2004: Davies, Paul et Klaus Hopt, “Control Transactions”, dans Kraakman, Reinier Kraakman et autres (dir.), *The Anatomy of Corporate Law,* Oxford, Oxford Univer-sity Press, 2004, p. 157-191

De Alessi 2003: De Alessi, Louis, *Gains from Private Property*: *The Empirical Evidence,* dans Anderson/McChesney 2003, p. 90-111

De Geest 1995: De Geest, Gerrit, *Economische analyse van het contractenen quasi-contrac-tenrecht – Een onderzoek naar de wetenschappelijke waarde van de rechtseconomie* [Analyse éco-nomique du droit des contrats et des quasi-contrats – Une recherche sur les vertus de l’analyse économique du droit], Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1995

De Geest et al 2002: De Geest, Gerrit, Bart De Moor et Ben Depoorter, “Misunders-tandings between Contracting Parties: Towards an Optimally Simple Legal Doctrine”, (2002) 9 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* [http://www.unimaas.nl/fdr
.asp?id=4 75D2K60JKOV1731S27K&taal=nl]

De Geest/De Moor 1999: De Geest, Gerrit et Bart De Moor, “Misverstanden tussen par-tijen over wat is afgesproken: aanzet tot een *least cost avoider*-doctrine [les malentendus entre parties sur ce qui a été convenu: essai sur la doctrine du *least cost avoider]”*, (1999) 36 *Tijdschrift voor het Privaatrecht* 701777

De Grazia 1983: de Grazia, Raffaele, *Le travail clandestin – Situation dans les pays industria-lisés à économie de marché,* Genève, Bureau international du travail, 1983

De Jasay 1989: de Jasay, Anthony, *Social Contract, Free Ride – A Study of the Public Goods Problem,* Oxford, Clarendon Press, 1989

De Jasay 1994: de Jasay, Anthony, “Public Goods Theory”, dans Boettke, Peter J. (dir.), *The Elgar Companion to Austrian Economics,* Hants, Edward Elgar, 1994, p. 276-284

De Jasay 1994a: de Jasay, Anthony, “The Cart before the Horse. On Emergent and Cons-tructed Orders, and their Wherewithal”, dans Frei, Christoph et Robert Nef (dir.), *Con-tending with Hayek – On Liberalism, Spontaneous Order and the Post-Communist Societies in Transition,* Bern, Peter Lang, 1994, p. 49-64

De Jasay 1997: de Jasay, Anthony, "Who Gave Us Order? On Exclusion, Enforcement and Its Wherewithal", dans Gerard Radnitzky (dir.), *Values and Social Order – Vol.* 3. *Volun-tary versus Coercive Orders,* Aldershot, UK, Ashgate, 1997, 77-90

De Jasay 1998: de Jasay, Anthony, *The State,* 2e éd., Indianapolis, Liberty Fund, 1998; (trad. fr.: *L'État,* Paris, Les Belles Lettres, Collection Laissez-Faire, 1999)

De Jouvenel [1947]/1972: de Jouvenel, Bertrand, *Du pouvoir – Histoire naturelle de sa croissance,* Paris, Hachette [1947], 1972

De Lolme: De Lolme, *The Constitution of England,* 4e éd., London, Robinson & Murray, 1784, 4e éd)

De Meza 1996: De Meza, David, "Coase Theorem", dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 1, London, MacMillan, 1998, p. 270-282

De Meza 1998: De Meza, David, Coase Theorem, dans Peter Newman (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* Vol. 1, London, MacMillan, 1998,270-282

De Soto 1989: de Soto, Hernando, *The Other Path – The invisible revolution in the third world,* New York, Harper & Row, 1989 (traduit de l' espagnol: *EI otro sendero,* Editorial El Barranco, 1986) (trad. fr. *L'autre sentier: la révolution informelle dans Ie Tiers-Monde,* Paris, La découverte, 1994)

De Soto 2001: De Soto, Hernando, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else,* London, Black Swan, 2001

De Vauplane/Bornet: De Vauplane, Hubert et Jean-Pierre Bonnet, *Droit des marchés finan-ciers,* 4e éd, Paris, Litec, 2005

Deazley 2004: Deazley, Ronan, *On the origin of the right to copy: charting the movement of copyright law in eighteenth-century Britain* (1695-1775), Oxford, Hart Publishing, 2004

Debare 1992: Debare, Marc, *Les milliards de l'ombre – L'économie souterraine,* Paris, Hatier, 1992

Deere et al. 1995a: Deere, Donald, Kevin Murphy et Finis Welch, "Employment and the 1990-1991 Minimum-Wage Hike", (1995) 85 *American Economic Review* 232-237

Deere et al. 1995b: Deere, Donald, Kevin Murphy et Finis Welch, "The Minimum Wage Revisited", (1995) 18 *Regulation – The Cato Review of Business & Government* [http://www.cato.org/pubs/regulation/reg18n1c.html]

Deffains 2002: Deffains, Bruno (dir.), L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Paris, Cujas, 2002

Dejean/Gond/Leca 2006: Dejean, Frédérique, Jean-Pascal Gond et Bernard Leca, "La quantification comme instrument de legitimation? Une analyse du rôle joué par ARESE dans la construction de l'Investissement Socialement Responsable en France", dans La Broise, Patrice de, Thomas Lamarche (dir.), *Responsabilité sociale*: *vers une communication des entreprises*?, Villeneuve d' Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2006, p.177, *spéc*

Delahaye/Mathieu 1993: Delahaye, Jean-Paul et Philippe Mathieu, "L'altruisme perfec-tionné", (1993) *Pour la science* 102-107

Delahaye/Mathieu 1999: Delahaye, Jean-Paul et Philippe Mathieu, "Des surprises dans le monde de la coopération", (1999) juillet *Pour la science* 58-66

DeMott 2007: Demott, Deborah A., “The First Restatement of Agency: What Was the Agenda?”, (2007) 32 *Southern Illinois University Law Journal* (à paraître) [http://ssrn.com/ abstract=968477]

Demsetz 1967: Demsetz, Harold, “Towards a Theory of Property Rights”, (1967) 57 *American Economic Review* 347-373

Demsetz 1969/1971: Demsetz, Harold, “Information and Efficiency: Another Viewpoint”, dans Lamberton, D.M. (dir.), *The Economics of information and knowledge,* Har-mondsworth, Penguin Books, 1971, p. 160-186; paru à l’origine: (1969) 12 *Journal of Law and Economics* 1-22

Demsetz 1979: Demsetz, Harold, “Information and Efficiency: Another Viewpoint”, (1969) 12 *Journal of Law and Economics* 1-22, repris dans Cowen, Tyler et Eric Crampton (dir.), *Market Failure* or *Success – The New Debate,* Cheltenham, Edward Elgar & Indepen-dent Institute, 2002, 107-121

Demsetz 1997: Demsetz, Harold, *The Economics of the Business Firm Seven Critical Commen-taries,* Cambrdige, Cambrdige University Press, 1997

Demsetz 2003: Demsetz, Harold, “Ownership and the Externality Problem”, dans An-derson, Terry L. et Fred S. McChesney (dir.), *Property Rights – Cooperation, Conflict, and Law,* Princeton, Princeton University Press, 2003, p. 282-300

Depoorter/Parisi 2003: Depoorter, Ben et Francesco Parisi, “Fragmentation of Property Rights: A Functional Interpretation of the Law of Servitudes”, (2003) 3 *Global Jurist Fron-tiers* article 2, 3 (http://www.bepress.com/gj/frontiers/vo13/iss1/art2/)

Depret/Hamdouch 2005: Depret, Marc-Hubert et Abdelillah Hamdouch, “Gouverne-ment d’entreprise et performance”, dans Finet, Alain (dir.), *Gouvernement d’entreprise: en-jeux managériaux, comptables et financiers,* Bruxelles, De Boeck, 2005, p. 39, *spéc*

Derclaye 2002: Derclaye, Estelle, “Abus de position dominante et droits de propriété intellectuelle dans la jurisprudence de la Communauté européenne: IMS survivra-t-elle au monstre du Dr Frankenstein?” (2002) 15 *Cahiers de propriéte intellectuelle* 21-55

Desrochers 2002: Desrochers, Pierre, *Comment résoudre la crise du logement au Québec*?, Montréal, Institut Économique de Montreal, 2002; [http:// www.iedm.org/main/show_ publications_fr .php? publications_id=39]

Devlin 1965: Devlin, Patrick B., *The Enforcement of Morals,* London, Oxford University Press, 1965

Devlin 1990: Devlin, Rose Anne, “Some Welfare Implications of No-Fault Automobile Insurance”, (1990) 10 *International Review of Law and Economics* 193-205

Dewees et al. 1996: Dewees, Don, David Duff et Michael Trebilcock, *Exploring the Do-main of Accident Law – Taking the Facts Seriously,* New York, Oxford University Press, 1996

Dicey [1915]/1982: Dicey, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution,* Indianapolis, LibertyPress [1915], 1982

Didier 1999: Didier, Paul, *Droit commercial,* t. 1, “Introduction – L’entreprise – L’entrepri-se individuelle”, 3e éd., Paris, P.U.F, 1999

Dietz et al 2002: Dietz, Thomas, Nives Dolak, Elinor Ostrom et Paul C. Stern, “The Drama of the Commons”, dans Ostrom 2002, p. 3-35

Dietz et al 2003: Dietz, Thomas, Elinor Ostrom et Paul C. Stern, "The Struggle to Go-vern the Commons", (2003) 302 *Science* 1907-1912

DiLorenzo 1985: DiLorenzo, Thomas J., "The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective", (1985) 5 *International Review of Law and Economics* 73-90

Dionne/Harrington 1990: Dionne, Georges et Scott E. Harrington, "An Introduction to Insurance Economics", dans Georges Dionne et Scott E. Harrington (dir.), *Foundations of Insurance Economics,* Boston, Kluwer, 1990, 1-48

Dixit 2004: Dixit, Avinash K., *Lawlessness and Economics – Alternative Modes of Governance,* Princeton, Princeton University Press, 2004

Dodd 1932: Dodd, E. Merrick, "For Whom Are Corporate Managers Trustees?", (1932) 45 *Harvard Law Review* 1145

Dodd 1935: Dodd, E. Merrick, "Is Effective Enforcement of the Fiduciary Duties of Cor-porate Managers Praticable", (1935) 2 *University of Chicago Law Review* 194

Dodd 1942: Dodd, E. Merrick, "Review of Dimock and Hyde, Bureaucraty and Truste-eship in Large Corporations", Temporary National Commission Monograph nº 11, (1942) 9 *The Chicago Law Review* 538-549

Donohue III/Levitt 2001: Donohue III, John J. et Steven D. Levitt, "The Impact of Lega-lized Abortion on Crime", (2001) 116 *Quarterly Journal of Economics* 379-420

Dooley 1980: Dooley, Michael P., "Enforcement of Insider Trading Restrictions", (1980) 66 *Virginia Law Review* 1-89

Dooley 1992: Dooley, Michael P., "Two Models of Corporate Governance", (1992) 47 *Business Law* 461

Dooley 1995: Dooley, Michael P., *Fundamentals of Corporation Law,* Westbury, Foundation Press, 1995

Downs 1957: Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy,* New York, Harper & Row, 1957

Drahos/Braithwaite 2002: Drahos, Peter et Braithwaite, John, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?,* New York, New Press, 2002

Dreher/Schneider 2006: Dreher, Axel et Friedrich Schneider, *Corruption and the Shadow Economy: An Empirical Analysis,* rapport, IZA Discussion Paper Nº 1936, 2006 [http://pa-pers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstrac_id =878669]

Dreyfuss Cooper 2005a: Dreyfus Cooper, Rochelle, "Unique Works/Unique Challenges at the Intellectual Property/Competition Law Interface", dans Ehlermann, Claus-Dieter et Isabela Atanasiu (dir.), *European Competition Law Annual 2005 – The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law,* Oxford, Hart Publishing, 2005 [http://pa-pers.ssrn.com/paper.taf?abstrac_id=763688]

Dreyfus Cooper 2005b: Dreyfus Cooper, Rochelle, *Pathological Patenting: The PTO as Cause or Cure,* rapport, New York University School of Law, Law and Economics Rese-arch Paper Series, Working Paper N°. 05-12; SSRN 787765, 2005 [http://ssrn.com/ abstract=787765]

Dudley 1991: Dudley, Leonard M., *The Word and the Sword – How Techniques of Information and Violence Have Shaped Our World, Cambridge,* MA, Basil Blackwell, 1991

Dunleavy 1991: Dunleavy, Patrick, *Democracy, Bureaucracy and Public Choice – Economic Explanations in Political Science,* Hertfordshire, Harvester Wheatsheaf, 1991

Dusollier 2006: Dusollier, Séverine, "The Master's Tools v. the Master's House: Creative Commons v. Copyright", (2006) 29 *Columbia Journal of Law* & *the Arts* 271-293

Duxbury 1991: Duxbury, Neil, "Is There a Dissenting Tradition in Law and Economi-cs?", (1991) 54 *Modern Law Review* 300-311

Duxbury 1995: Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence,* Oxford, Clarendon Press, 1995

Duxbury 1995a: Duxbury, Neil, "Law, Markets and Valuation", (1995) 61 *Brooklyn Law Review* 657-701

Duxbury 1996: Duxbury, Neil, "Do Markets Degrade?", (1996) 59 *Modern Law Review* 331-348

Easterbrook/Fischel 1984: Easterbrook, Frank H. et Daniel R. Fischel, "Mandatory Dis-closure and the Protection of Investors", (1984) 70 *Virginia Law Review* 669

Easterbrook/Fischel 1985: Easterbrook, Frank H. et Daniel R. Fischel, "Limited Liabi-lity and the Corporations", (1985) 52 *University of Chicago Law Review* 89

Easterbrook/Fischel 1991: Easterbrook, Frank H. et Daniel R. Fichel, *The Economic Structure of Corporate Law,* Cambridge, Harvard University Press, 1991

Economist 2005: *The Economist,* Cahier dans le numéro du 22 octobre 2005 intitulé *The market for ideas – Survey of patents and technology*

Edelman 1980: Bernard Edelman, *Le droit saisi par la photographie,* nouvelle édition, Christian Bourgeois, 1980

Edelman 2004: Edelman, Bernard, *Le saere de* l' *auteur,* Paris, Seuil, 2004

Eggertsson 1990: Eggertsson, Thráinn, *Economic Behavior and Institutions,* Cambridge, Cambridge University Press, 1990

Eggertsson 2003: Eggertsson, Thráinn, "Open Access versus Common Property", dans Anderson/McChesney 2003, p. 73-89

Eggertsson 2005: Eggertsson, Thráinn, *Imperfect Institutions: Possibilities and Limits of Re-form,* Ann Arbor, University of Michigan Press, 2005

Eisenberg 1989: Eisenberg, Melvin A., "The Structure of Corporation Law", (1989) 89 *Columbia Law Review* 146

Eisenberg 1997: Eisenberg, Melvin Aron, "Relational Contracts", dans Beatson, Jack et Daniel Friedmann (dir.), *Good Faith and Fault in Contract Law,* Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 291-304

Eisenberg 2000: Eisenberg, Melvin Aron, "Why There is No Law of Relational Con-tracts", (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 805-821

Eisenberg 2001: Eisenberg, Melvin Aron, "The Theory of Contracts", dans Benson, Peter (dir.), *The Theory of Contract Law – New Essays,* Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 206-264

Eisenberg 2003: Eisenberg, Rebecca S., "Patent Swords and Shields", (2003) 299 *Science* 1018-1019

Eisenberg 2003a: Eisenberg, Melvin Aron, "Disclosure in Contract Law», (2003) 91 *California Law Review* 1645-1691

Eisenhardt 1989: Eisenhardt, Kathleen M., "Agency Theory: An Assessment and Re-view", (1989) 14:1 *Academy of Management Review* 57

Elgrably 2006: Elgrably, Nathalie, *Face cachée des politiques publiques,* Montréal, Éditions Logiques, 2006

Elkin-Koren/ Salzberger 2003: Elkin-Koren, Niva et Eli M. Salzberger, *Law, Economi-cs and Cyberspace – The Effects of Cyberspace on the Economic Analysis of Law,* Cheltenham, Edward Elgar, 2003

Ellickson 1991: Ellickson, Robert C., *Order without Law – How Neighbors Settle Disputes,* Boston, Harvard University Press, 1991

Ellickson 1993: Ellickson, Robert C., "Property in Land", (1993) 102 *Yale Law Journal* 1315-1400

Ellickson 2000: Ellickson, Robert C., "Trends in Legal Scholarship: A Statistical Study", (2000) 29 *Journal of Legal Studies* 517-543

Ellickson et al. 2002: Ellickson, Robert C., Carol M. Rose et Bruce A. Ackerman, *Perspec-tives on Property Law,* 3e éd., New York, Aspen Law and Business, 2002

Elliott/Jacobson 1994: Elliott, Robert K. et Peter D. Jacobson, "Costs and Benefits of Business Information Disclosure", (1994) 8:4 *Accounting Horizon* 80-96

Elster 1984: Elster, Jon, *Ulysses and the Sirens – Studies in rationality and irrationality,* 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press et Paris, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, 1984

Elster 1985: Elster, Jon, *Sour grapes – Studies in the subversion of rationality,* 2e éd., Cambri-dge, Cambridge University Press et Paris, Éditions de la Maison des Sciences de l'Hom-me, 1985

Elster 1986: Elster, Jon (dir.), *Rational Choice,* New York, New York University Press, 1986

Elster 1989a: Elster, Jon, *The cement of society – A study of social order,* Cambridge, Cambri-dge University Press, 1989

Elster 1989b: Elster, Jon, *Nuts and Bolts for the Social Sciences,* Cambridge, Cambridge University Press, 1989

Empirical Aproaches 1989: "Empirical Aproaches to Market Power", (1989) 32 *Journal of Law and Economics* S1-S275 (Collectif)

Englard 1993: Englard, Izhak, *The Philosophy of Tort Law,* Dartmouth, Brookfield, 1993

Epstein 1985: Epstein, Richard A., *Takings – Private Property and the Eminent Domain Power,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1985

Epstein 1995: Epstein, Richard A., *Simple Rules for a Complex World,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1995

Epstein 2003: Epstein, Richard A., *Skepticism and Freedom: A Modern Defense for Classical Liberalism,* Chicago, University of Chicago Press, 2003

Epstein 2003a: Epstein, Richard A., "In and Out of Public Solution: The Hidden Perils of Forced and Unforced Property Transfer", dans Anderson/ McChesney 2003, p. 307-341

Ewald 1986: Ewald, François, *L'État Providence,* Paris, Bernard Grasset, 1986

Fabien 1986: Fabien, Claude, "Les règles du mandat", dans Chambre des notaires du Québec, *Extraits du Répertoire de Droit,* Montréal, Éditions Yvon Blais, 1986

Fabien 1993: Fabien, Claude, "Le nouveau droit du mandat", dans *La réforme du Code civil,* t. 2, "Obligations, contrats nommés", Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 881-954

Fabre-Magnan 1992: Fabre-Magnan, Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992

Fabre-Magnan 1997: Fabre-Magnan, Muriel, "Propriété, patrimoine et lien social", (1997) *Revue trimestrielle de droit civil* 583-613

Fabre-Magnan 1997: Fabre-Magnan, Muriel, "Duties of Disclosure and French Con-tract Law: Contribution to an Economic Analysis", dans Beatson, Jack et Daniel Fried-mann (dir.), *Good Faith and Fault in Contract Law,* Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 99-120

Fabre-Magnan 2004: Fabre-Magnan, Muriel, *Les obligations,* Paris, Presses universitaires de France, 2004

Faccio/Lang 2002: Faccio, Mara et Larry H.P. Lang, "The Ultimate Ownership of Wes-tern European Corporations", (2002) 65 *Journal of Financial Economics* 365-395

Fama 1965: Fama, Eugene F., "Random Walks in Stock Market Prices", (1965) 21 *Finan-cial Analysts Journal* 55-99

Fama 1970: Fama, Eugene F., "Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empi-rical Work", (1970) 25 *Journal of Finance* 383-417

Fama 1970: Fama, Eugene, "Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Works", (1970) 25 *Journal of Finance* 383-417

Fama 1980: Fama, Eugene, "Agency Problems and the Theory of the Firm", (1980) 88 *Journal of Political Economy* 288-307; reproduit dans Putterman, Louis (dir.), *The Economic Nature of the Firm – A Reader,* Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 196-208

Fama 1991: Fama, Eugene, "Efficient Capital Markets II", (1991) 46 *Journal of Finance* 1575-1617

Fama/Jensen 1983: Fama, Eugene F. et Michael C. Jensen, "Agency Problems and Resi-dual Claims", (1983) 26 *Journal of Law and Economics* 327-346

Fama/Jensen 1983a: Fama, Eugene F. et Michael C. Jensen,« Separation of Ownership and Control", (1983) 26 *Journal of Law and Economics* 301-326

Farchy 2003: Farchy, Joëlle, *Internet et le droit d'auteur – La culture Napster,* Paris, CNRS Éditions, 2003

Farchy 2004: Farchy, Joëlle, "P2P and Piracy: Challenging the Cultural Industries' Finan-cing System", (2004) 1 *Review of Economic Research on Copyright Issues* 55-69 [http://www.serci.org/docs_1_2/farchy.pdf]

Farjat 1982: Farjat, Gérard, *Droit économique,* 2e éd., Paris, Presses universitaires de Fran-ce, 1982

Farjat 2004: Farjat, Gérard, *Pour un droit économique,* Paris, Presses universitaires de Fran-ce, 2004

Faure/Skogh 2003: Faure, Michael G. et Göran Skogh, *The Economic Analysis of Environ-mental Policy and Law – An Introduction,* Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2003

Ferrell 2004: Ferrell, Allen, *The Case for Mandatory Disclosure around the World,* Harvard Olin Discussion Paper N°. 492, 2004.

FinkiMaskus 2005: Fink, Carsten et Keith E. Maskus, *Intellectual Property and Development – Lessons from Recent Economic Research,* Washington, DC, World Bank Publications, 2005 **Fisch**

1997: Fisch, Jill E.,« Taking Boards Seriously", (1997) 19 *Cardozo Law Review* 265

Fischel 1978: "Efficient Capital Market Theory, the Market for Corporation Control, and the Regulation of Cash Tender Offers", (1978) 57 *Texas Law Review* 1

Fischer 1977: Fischer, Stanley, " "Long-Term Contracting, Sticky Prices, and Monetary Policy": A Comment", (1977) 3 *Journal of Monetary Economics* 317323

Fisher et al. 1983: Fisher, Franklin M., John J. McGowan et Joen E. Greenwood, *Folded, Spindled, and Mutilated: Economic Analysis and U.S. v. IBM,* Cambridge, MIT Press, 1983

Fiss 1989: Fiss, Owen M., "The Law Regained", (1989) 74 *Cornell Law Review* 245-255

Flaherty 1989: Flaherty, David H., *Protecting Privacy in Surveillance Societies,* University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1989

Flour/Aubert 1975: Flour, Jacques et Jean-Luc Aubert, *Droit civil – Les obligations,* vol. 1,« L'acte juridique", Paris, Armand Colin, 1975

Foray 2000: Foray, Dominique, *Économie de la connaissance,* Paris, Éditions Découverte, 2000

Fortin et al. 1996: Fortin, Bernard, Gaétan Garneau et al., *L'économie souterraine au Québec – Mythes et réalités,* Sainte- Foy, Les Presses de L'université Laval, 1996

Fox 1997: Fox, Merritt B., "Securities Disclosure in a Globalizing Market: Who Should Regulate Whom", (1997) 93 *Michigan Law Review* 2498

Fox 2001: Fox, Merritt B., "Regulation FD and Foreign Issuers: Globalization's Strains and Opportunities", (2001) 41 *Virginia Journal of International Law* 653

Foyer/Vivant 1991: Foyer, Jean et Michel Vivant, *Le droit des brevets,* Paris, Presses uni-versitaires de France, 1991

Franzoni/Marchesi 2006: Franzoni, Luigi A. et Daniela Marchesi, *Economia e politica economica del diritto* [Économie et économie politique du droit], Bologna, Le edizioni del Mulino, 2006

Fredlund 1976: Fredlund, Melvin C., "Wolves, Chimps and Demsetz", (1976) 14 *Econo-mic Inquiry* 279-291

Freeman 1984: Freeman, R. Edward, *Strategic management: A stakeholder approach,* Boston, Pitman, 1984, *spéc.* p.46

Frentrop 2002: Frentrop, Paul, *History of Corporate Governance* 1602-2002, Amsterdam, Deminor, 2003

Frey 1997: Frey, Bruno S., *Not just for the Money: An Economic Theory of Personal Motivation,* Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1997

Frey/Pommerehme 1982: Frey, Bruno S. and Werner W. Pommerehme, "Measuring the Hidden Economy: Though This Be Madness, There is Method in It", dans Vito Tanzi

(ed.), *The Underground Economy in the United States and Abroad,* Lexington, MA, Lexington Books, 1982, 3-27

Friedland et al. 1990: Friedland, Martin, Michael Trebilcock et Kent Roach, *Regulating Traffic Safety,* Toronto, University of Toronto Press, 1990

Friedman 1969: Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom,* Chicago, University of Chica-go Press, 1969

Friedman 1986: Friedman, David D., *Price Theory – An Intermediary Text,* Cincinnati, Sou-th-Western Publishing Co., 1986

Friedman 1987: Friedman, David D., "Comment – Problems in the Provision of Public Goods", (1987) 10 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 505-520

Friedman 1989: Friedman, David D., "An Economic Analysis of Alternative Damage Ru-les for Breach of Contract", (1989) 32 *Journal of Law and Economics* 281-310

Friedman 1992: Friedman, Milton, *Money Mischief-Episodes in Monetary History,* New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1992

Friedman 1992a: Friedman, David D., *Price Theory – An Intermediary Text,* 2e éd., Cincin-nati, South-Western Publishing Co., 1992

Friedman 1996: Friedman, David D., *Hidden Order- The Economics of Everyday Life,* New York, HarperBusiness, 1996

Friedman 2000: Friedman, David D., *Law's Order – What Economics Has to* Do *with Law and Why It Matters,* Princeton, Princeton University Press, 2000

Friedman/Friedman 1980: Friedman, Milton et Rose Friedman, *Free to Choose – A Perso-nal Statement,* New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1980

Friedmann 1989: Friedmann, Daniel, "The Efficient Breach Fallacy", (1989) 18 *Journal of Legal Studies* 1-24

Friend/Herman 1964: Friend, Irwin et Edward S. Herman, "The S.E.C. Through a Glass Darkly", (1964) 37 *Journal of Business* 406

Frison-Roche 2005: Frison-Roche, Marie-Anne (dir.), *Les risques de la régulation,* Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005

Frison-Roche 2006: Frison-Roche, Marie-Anne (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation,* Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006

Frison-Roche/Abello 2005: Frison-Roche, Marie-Anne et Alexandra Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005

Frison-Roche/Payet 2006: Frison-Roche, Marie-Anne et Marie-Stéphanie Payet, *Droit de la concurrence,* Paris, Dalloz, 2006

FTC 2003: Federal trade commission, *To Promote Innovation: The Proper Balance of Competi-tion and Patent Law and Policy,* rapport, 2003 [http:// www.ftc.gov/opa/2003/10/cpreport. htm]

Fukuyama 1995: Fukuyama, Francis, *Trust – The Social Virtues & The Creation of Prosperity,* New York, Free Press, 1995

Fuller 1969: Fuller, Lon L., *The Morality of Law,* New Haven, Yale University Press, 1969

Fuller 1971: Fuller, Lon L., “Human Interaction and the Law”, dans Robert Paul Wolff (dir.), *The Rule of Law,* New York, Simon and Schuster, 1971, 171-217

Furubotn/Pejovich 1972: Furubotn, Eirik G. et Svetozar Pejovich, “Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature”, (1972) *10 Journal of Economic Literature* 1137-1172

Furubotn/Pejovich 1974: Furubotn, Eirik G. et Svetozar Pejovich (dir.), *The Economics of Property Rights,* Cambridge, MA, Ballinger Publishing Cy, 1974

Furubotn/Pejovich 1974a: Furubotn, Eirik G. and Svetozar Pejovich, “Property Rights and the Behavior of the Firm in a Socialist State: The Example of Yugoslavia”, dans: Furu-botn/Pejovich 1974, 227-251

Furubotn/Pejovich 1974b: Furubotn, Eirik G. et Svetozar Pejovich, “The Soviet Ma-nager and Innovation: A Behavioral Model of the Soviet Firm”, dans Furubotn/Pejovich 1974, 203-216

Furubotn/Richter 2000: Furubotn, Eirik G. et Rudolf Richter (dir.), *Institutions and Eco-nomic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics,* Ann Arbor, University of Michigan Press, 2000

Gaertner/Wenig 1985: Gaertner, Wulf et Alois Wenig (dir.), *The Economics of the Shadow Economy,* Berlin, Springer-Verlag, 1985

Gaillard 1985: Gaillard, Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé,* Paris, Economica, 1985

Gallini 2002: Gallini, Nancy T., “The Economics of Patents: Lessons from Recent US Patent Reform”, (2002) 16 *Journal of Economic Perspectives* 131-154

Gallini/Scotchmer 2002: Gallini, Nancy T. et Suzanne Scotchmer, “Intellectual Proper-ty: When Is it the Best Incentive System?”, dans Jaffe, Adam, Joshua Lerner et Scott Stern (dir.), *Innovation Policy and the Economy,* vol 2, Cambridge, MA, MIT Press, 2002, p. 51-78

GallinilTrebilcock 1998: Gallini, Nancy T. et Michael J. Trebilcock, “Intellectual Pro-perty Rights and Competition Policy – A Framework for the Analysis of Economic and Legal Issues”, dans Anderson, Robert D. et Nancy T. Gallini (dir.), *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy,* Calgary, University of Calgary Press, 1998, p. 17-64

Galloux 1988: Galloux, Jean-Christophe, *Essai de définition d’un statut juridique pour Ie matériel génétique,* thèse de doctorat d’habilitation en droit, Bordeaux, 1988

Galloux 2000: Galloux, Jean-Christophe, *Droit de la propriété industrielle,* Paris, Dalloz, 2000

Gambetta 1988: Gambetta, Diego (dir.), *Trust – Making and Breaking of Cooperative Rela-tions,* Oxford, Basil Blackwell, 1988

Ganshof 1982: Ganshof, F.L, *Qu’est-ce que la féodalité,* 5e éd., Paris, Tallandier, 1982

Gardner 2004: Gardner, Daniel, “Quelques points de comparaison entre les deux plus anciens régimes intégrés d’indemnisation des victimes d’accidents d’automobile: Québec et Nouvelle Zélande”, (2004) 71 *Assurances et gestion des risques/Insurance and Risk Mana-gement* 591-612

Gaudreault-Desbiens 2006: Gaudreault-Desbiens, Jean-François, *Les solitudes du bijuri-disme au Canada,* Montréal, Éditions Thémis, 2006

Gaudry 1989: Gaudry, Marc, "Responsibility for accidents: Relevant results selected from the DRAG model", (1989) 16 *Canadian Business Law Journal/Revue canadienne du droit des affaires* 21-33

Gaudry 1992: Gaudry, Marc, "Measuring the effects of the "No -fault" 1978 Quebec Au-tomobile Insurance Act with the DRAG model", dans Dionne, Georges (dir.), *Contribu-tions to Insurance Economics,* Boston, Kluwer, 1992, 471-498

Gautier 2003: Gautier, Pierre-Yves, "La protection juridique de l'innovation aux con-fluents de l' économie et de l' éthique", (2003) 119 *Droit & Patrimoine* 70-73

Gautrais 2004: Gautrais, Vincent, "La couleur du consentement électronique", (2004) 16 *Cahiers de propriété intellectuelle* 61-129

Gautrais 2005: Gautrais, Vincent, "*Dell Computer* c. *Union des consommateurs,* Histoire d'un "Oops"", (2005) 17 *Cahiers de propriété intellectuelle* 687-703

Gautrais/Mackaay 2001: Gautrais, Vincent et Ejan Mackaay, "Les contrats informati-ques", dans Lamontagne, Denys-Claude (dir.), *Droit spécialisé des contrats,* vol. 3, "Les contrats relatifs à l'entreprise", Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 279-315

Gazzaniga 1992: Gazzaniga, Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations,* Pa-ris, Presses Universitaires de France, 1992

Geller 1998: Geller, Paul Edward, "Hiroshige vs. Van Gogh: Resolving the Dilemma of Copyright Scope in Remedying Infringement", (1998) 46 *Journal of the Copyright Society of the USA* 39-70

Geller 2000: Geller, Paul Edward, "Copyright History and the Future: What's Culture Got to Do with It?", (2000) 47 *Journal of the Copyright Society of the USA* 209-264 [http:// www-ref.usc.edu/~pgeller/coprhist.pdf]

Geller 2004: Geller, Paul Edward, "Le brevet international: une utopie?", (2004) 10 *Propriétés intellectuelles* 503-512 (trad. de Geller, Paul Edward, "An International Patent Utopia?", (2003) 25 *European Intellectual Property Review* 515-521 [http://ssrn.com/abs-tract=409260])

Geller 2006: Geller, Paul Edward, "La dissolution de la propriété intellectuelle", (2006) 8 *Propriétés intellectuelles* 4-9; (trad. de Geller, Paul Edward, "Dissolving Intellectual Pro-perty", (2006) 28 *European Intellectual Property Review* 139-145 [http://papers.ssrn.com/ sol3/papers.cfm? abstract_id=706162]

Gendreau 1988: Gendreau, Ysolde, "Genèse du droit moral dans les droits d' auteur frans;ais et anglais", (1988) 13 *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 41

Gendreau 1991: Gendreau, Ysolde, "Reconnaissance timorée du droit moral aux États -Unis", (1991) 80 *Images juridiques* 6

Gendreau 1994: Gendreau, Ysolde, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994

Gendreau 1994a: Gendreau, Ysolde, "Moral Rights", dans Henderson, Gordon H. (dir.), *Copyright and Confidential Information in Canada,* Toronto, Carswell, 1994, p. 161-200

Gendreau 1995: Gendreau, Ysolde, "La technologie numérique et le droit d'auteur: la disparition des documents papier entraînera-t-elle la disparition des auteurs", dans Be-cker, Cal (dir.), *Symposium sur la technologie numérique et le droit d'auteur,* Ottawa, Ministère des travaux publics et des services gouvernementaux Canada, 1995, p. 141-160

Gendreau et al. 1999: Gendreau, Ysolde, Axel Nordemann et Rainer Oesch (dir.), *Co-pyright and Photographs. An International Survey,* The Hague, Kluwer Law International, 1999

Genereux 1996: Généreux, Jacques (dir.), *L'économie politique – Analyse économique des choix publics et de la vie politique,* Paris, Larousse, 1996

Gervais 2005: Gervais, Daniel J., "Intellectual Property, Trade & Development: The State of Play", (2005) 74 *Fordham Law Review* 505-535

Gervais et al. 2006: Gervais, Daniel, Elizabeth F. Judge et Mistrale Goudreau, *Le droit de la propriété intellectuelle,* Toronto, Carswell, 2006

GevurtzFrank 1997: Gevurtz, Franklin A., "Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil", (1997) 76
Oregon Law Review 853

Ghestin 1980: Ghestin, Jacques, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat: formation,*
Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980

Ghestin 1988: Ghestin, Jacques, *Traité de droit civil- Les obligations – Le contrat: formation,*
2e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988

Ghestin 1993: Ghestin, Jacques, *Traité de droit civil – La formation du contrat,* 3e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993

Ghidini 2006: Ghidini, Gustavo, Intellectual Property and Competition Law -The Inno-vation Nexus, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2006

Gigerenzer 2006: Gigerenzer, Gerd, Heuristics, dans: *Heuristics and the Law,* Gigerenzer, Gerd et Christoph Engel (dir.), Cambridge, MA, MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006, p. 17-44

Gigerenzer/Engel 2006: Gigerenzer, Gerd et Christoph Engel (dir.), *Heuristics and the* **Gillen**

1992: Gillen, Mark R., *Securities Regulation in Canada,* Toronto, Carswell, 1992.

Gillen 1994: Gillen, Mark, "Capital Market Efficiency Assumptions: An Analytical Fra-mework with an Application to Disclosure Laws", (1994) 23 *Canadian Business Law Journal* 346

Gillen 2006: Gillen, Mark R., "The Role of Securities Regulation in Promoting a Com-petitive Capital Market", dans Task Force to Modernize Securities Legislation in Canada,
Canada Steps Up, 2006, p. 3-96

Gilmore 1977: Gilmore, Grant, *The Ages of American Law,* New Haven, Yale University Press, 1977

Gilson 1999: Gilson, Ronald J., "The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants not to Compete", (1999) 74 *New York University Law Review* 575-629

Gilson/Kraakman 1984: Gilson, Ronald J. et Reinier Kraakman, "The Mechanisms of Market Efficiency", (1984) 70 *Virginia Law Review* 549

Gilson/Kraakman 2003: Gilson, Ronald J. et Reinier Kraakman, *The Mechanisms of Market Efficiency Twenty Years Later: The Hindsight Bias,* Columbia Law and Economics Working Pa-per N°. 240, 2003

Ginsburg 1991: Ginsburg, Jane C, “A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revo-lutionary France and America”, (1990) 64 *Tulane Law Review* 991-1031; aussi dans (1991) 147 *Revue internationale du droit d’auteur* 124-289 sous le titre: “Histoire de deux droits d’ auteur: “La propriété littéraire et artistique dans la France et l’Amérique révolution-naires”” et dans Sherman, Brad et Alain Strowel (dir.), *Of Authors and Origins – Essays on Copyright Law,* Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 131-158

Ginsburg 2001: Ginsburg, Jane C., “Have Moral Rights Come of (Digital) Age in the U.S.?”, (2001) 19 *Cardozo Arts* & *Entertainment Law Review* 9-17

Ginsburg 2002: Ginsburg, Jane C., “How Copyright Got a Bad Name For Itself”, (2002) 26 *Columbia Journal of Law* & *the Arts* 61-73

Ginsburg 2005: Ginsburg, Jane e., “The Author’s Name as a Trademark: A Perverse Perspective on the Moral Right of “Paternity”?”, (2005) 23 *Cardozo Arts* & *Entertainment Law Review* 379-389

Girard 1972: Girard, René, *La violence et le sacré,* Paris, Grasset, 1972

Glantz 1977: Glantz, Michael H., *Desertification: Environmental Degradation In and Around Arid Lands,* Boulder, Colorado, Westview Press, 1977

Glanville 1951: Glanville, L. Williams, “The Aims of the Law of Tort”, (1951) 4 *Current Legal Problems* 137-152, reproduit dans Ogus, A.I. et C.G. Veljanovski (dir.), *Readings in the Economics of Law and Regulation,* Oxford, Clarendon Press, 1984, 103-105

Goetz 1984: Goetz, Charles J. (dir.), *Cases and Materials on Law and Economics,* St. Paul, MN, West Publishing, 1984

Goetz/Scott 1977: Goetz, Charles J. et Robert E. Scott, “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a The-ory of Efficient Breach”, (1977) 77 *Columbia Law Review* 554-594; repro dans Kronman/ Posner 1979, 194-207

Goetzmann/Rouwenhorst 2005: Goetzmann, William N. et K. Geert Rouwenhorst (dir.), *The Origin of Value,* Oxford, Oxford University Press, 2005

Goldberg 1989: Goldberg, Victor P. (dir.), *Readings in the Economics of Contract Law,* Cam-bridge, Cambridge University Press, 1989

Goldberg 1998: Goldberg, Victor P., “Relational Contracts”, dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 3, London, MacMillan, 1998, p. 289-294

Goldberg 2006: Goldberg, Victor P., *Framing Contract Law: An Economic Perspective,* Cam-bridge, MA, Harvard University Press, 2006

Gomez 1996: Gomez, Pierre-Yves, *Le gouvernement de l’entreprise – Modèles économiques de l’entreprise et pratiques de gestion,* Paris, InterÉditions/Masson, 1996

Gopal et al. 2004: Gopal, Ram D., G. Lawrence Sanders, Sudip Bhattacharjee, Manish K. Agrawal, Suzanne C. Wagner, “A Behavioral Model of Digital Music Piracy”, (2004) 14 *Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce* 89-105

Gopal et al. 2006: Gopal, Ram D., Sudip Bhattacharjee et G. Lawrence Sanders, “Do Artists Benefit from Online Music Sharing?”, (2006) 79 *Journal of Business* 1503-1533

Gordley 1991: Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Law Doctrine,* Oxford, Clarendon Press, 1991

Gordley 2003: Gordley, James, "Servitudes", (2003) 3 *Global Jurist Frontiers* article 3 [http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol3/issl/art3/]

Gordley 2006: Gordley, James, *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment,* Oxford, Oxford University Press, 2006

Gordley/Mattei 1996: Gordley, James et Ugo Mattei, "Protecting Adverse Possession", (1996) 44 *American Journal of Comparative Law* 293-334

Gordon 1982: Gordon, Wendy J., "Fair Use as Market Failure: A Structural and Econo-mic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors", (1982) 82 *Columbia Law Review* 1600-1657

Gordon 1988: Gordon, Jeffrey N., "Ties That Bond: Dual Class Common Stock and The Problem of Shareholder Choice", (1988) 76 *California Law Review* 1

Gordon 1989: Gordon, Jeffrey, "The Mandatory Structure of Corporate Law», (1989) 89 *Columbia Law Review* 1549

Gordon 1999: Gordon, H. Scott, *Controlling the State-Constitutionalism from Ancient Athens to Today,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999

Goudreau 1994: Goudreau, Mistrale, "De l'acte commercial à l'acte d'entreprise dans le Code civil du Québec", (1994) 25 *Revue Générale de Droit* 235

Gounot 1912: Gounot, Emmanuel, *Le principe de I'autonomie de la volonté en droit privé: contribution* à *I'étude critique de I'individualisme juridique,* Paris, A. Rousseau, 1912

Goyard-Fabre 1973: Goyard-Fabre, Simone, *L'interminable querelle du contrat social,* Ot-tawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1973 .

Gray 1996: Gray, John, *After Social Democracy: Politics, Capitalism and the Common Life,* London, Demos, 1996

Greenfield 2006: Greenfield, Kent, *The failure of corporate law*: *fundamental flaws and pro-gressive possibilities,* Chicago, University of Chicago Press, 2006

Grondin 1994: Grondin, Rachel, "La responsabilité pénale des personnes morales et la théorie des organisations", (1994) 25 *Revue Générale de Droit* 379

Gross 2004: Gross, Daniel, "Does a Free Download Equal a Lost Sale?", *(2004) New York Times* 21 nov. 2004, BU 4

Grossman 1981: Grossman, Sanford J., "The Informational Role of Warranties and Pri-vate Disclosure about Product Quality", (1981) 24 *Journal of Law* & *Economics* 461

Grossman/Hart 1986: Grossman, Sanford et Oliver Hart, "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration", (1986) 94 *Journal of Political Economy* 691-719

Groulx 2005: Groulx, Lionel-Henri, *Revenu Minimum Garanti – Comparaison internationale, analyses et debats,* Montreal, Presses de l'Université du Quebec, 2005

Grover/Baillie 1979: Grover, Warren M.H. & James C. Baillie, "Disclosure Require-ments", dans *Proposals for a Securities Market Law for Canada,* Ottawa, Supply and Services, 1979, p. 349-464

Grynbaum 2004: Grynbaum, Luc, *Le contrat contingent: l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur,* Paris, L.G.D.J., 2004

Guerrien 2002: Guerrien, Bernard, *La théorie des jeux,* Paris, Economica, 2002, (3e éd.)

Guibault 2002: Guibault, Lucie, *Copyright Limitations and Contracts – An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright,* The Hague, Kluwer Law International, 2002

Guibault/Hugenholtz 2006: Guibault, Lucie et P. Bernt Hugenholtz, *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law,* The Hague, Kluwer Law Inter-national, 2006

Guibault/van Daalen 2006: Guibault, Lucie et Ot van Daalen, *Unravelling the Myth arou-nd Open Source Licences – An Analysis from a Dutch and European Perspective,* The Hague, T.M.C. Asser Press, 2006

Guinnane 2005: Guinnane, Timothy W., *Trust, a Concept Too Many,* Economic Growth Center, Yale University Center discussion paper nº 907,2005, [http://papers.ssrn.com/ sol3/papers.cfm?abstraccid=680744]

Gwartney et al. 1996: Gwartney, James, Robert Lawson et Walter Block, *Economic Free-dom of the World* 1975-1995, Vancouver, BC, Fraser Institute, 1996

Gwartney et al. 1998: Gwartney, James D., Randall Holcombe et Robert Lawson, "The Scope of Government and the Wealth of Nations", (1998) 18 *Cato Journal* 163-191; (trad. fr. *Taille de l'État et richesse des nations,* Montreal, Institut économique de Montréal, 2000)

Gwartney et al. 2005: Gwartney, James D., Richard L. Stroup et al., *Economics – Private and Public Choice,* 11e éd., Forth Worth, South-Western Thomson Learning, 2005

Gwartney/Lawson 2003: Gwartney, James D. et Robert A. Lawson, "What Have We Le-arned from the Measurement of Economic Freedom?", dans *The Legacy of Milton and Rose Friedman's Free to Choose: Economic Liberalism at the Turn of the 21st Century,* Dallas, Federal Reserve Bank of Dallas, 2003, p. 217 -238 [http://www.dallasfed.org/research/pubs/ftc/ gwartney.pdf]

Gwartney/Stroup 1993: Gwartney, James D. et Richard L. Stroup, *What Everyone Should Know about Economics and Prosperity,* Tallahassee, FL, The James Madison Institute, 1993 (Trad. fr. *Ce que tout le monde devrait savoir sur l'économique et la prospérité,* Vancouver, Fra-ser Institute, accessible par [http:// www.iedm.org/uploaded/pdf/gwartney.pdf] (en an-glais) [http://www.iedm.org/main/show_publications_en.php?publications_id=21] (en français)

Haanappel/Mackaay 1990: *New Netherlands Civil Code – Patrimonial Law/Le nouveau Code civil néerlandais – Le droit patrimonial* (edition trilingue anglais – français – néerlandais) (traduit par P.P.C. Haanappel et E. Mackaay) Kluwer, Deventer, Pays-Bas et Boston, MA, 1990

Haddock 2003: Haddock, David D., "Force, Threat, Negotiation – The Private Enforce-ment of Rights", dans Anderson/McChesney 2003, 168-194

Hadfield 1992: Hadfield, Gillian K., "The Economics of Copyright: An Historical Pers-pective", (1992) 38 *ASCAP Copyright Law Symposium* 1-46

Hägg 1997: Hägg, P. Göran T., "Theories on the Economics of Regulation: A Survey of the Literature from a European Perspective", (1997) 4 *European Journal of Law and Econo-mics* 337-370

Halpern et al 1980: Halpern, Paul, Michael Trebilcock et Stuart Turnbull, "An Economic 1980 Analysis of Limited Liability in Corporations Laws", (1980) 30 *University of Toronto Law Journal* 117.

Halpern et autres 1989: Halpern, Paul J.N. et autres, *Canadian Managerial Finance,* 3e éd., Toronto, Harcourt Brace, 1989

Hamowy 1987: Hamowy, Ronald (dir.), *Dealing with Drugs – Consequences of Government Control,* San Francisco, Pacific Research Institute for Public Policy, 1987

Hannoun 1991: Hannoun, Charley, "Le droit et les groupes de sociétés", thèse Paris, L.G.D.J., 1991, *spéc.* p. 121

Hansmann/Kraakman 2000: Hansmann, Henry et Reinier Kraakman, "The Essential Role of Organizational Law», (2000) 110 *Yale Law Journal* 387

Hansmann/Kraakman 2002: Hansmann, Henry et Reinier Kraakman, "Property, Con-tract, and Verification: The *Numerus Clausus* Problem and the Divisibility of Rights", (2002) 31 *Journal of Legal Studies* S373-S420

Hansmann/Kraakman 2004a: Hansmann, Henry et Reinier Kraakman, "What Is Corpo-rate Law?", dans Kraakman et autres 2004, p. 1-19

Hansmann/Kraakrnan 2004b: Hansmann, Henry et Reinier Kraakman, "Agency Pro-blems and Legal Strategies", dans Kraakman et autres 2004, p.21-31

Hardin 1968: Hardin, Garrett, "The Tragedy of the Commons – The population problem has no technical solution; it requires a fundamental extension in morality", (1968) 162 *Science* 1243-1248

Hardin 1982: Hardin, Russell, *Collective Action,* Baltimore, MD, The Johns Hopkins Uni-versity Press, 1982

Hardin 1988: Hardin, Russell, *Morality within the Limits of Reason,* Chicago, University of Chicago Press, 1988

Hardin 1990: Hardin, Russell, "The Social Evolution of Cooperation", dans Karen S. Cook et Margaret Levi (dir.), *The Limits of Rationality,* Chicago, University of Chicago Press, 1990, 358-378

Hardin 1997: Hardin, Russell, "Economic Theories of the State", dans Dennis C. Mueller (dir.), *Perspectives on Public Choice – A Handbook,* Cambridge, Cambridge University Press, 1997,21-34

Hardin 1998: Hardin, Garrett, "Extensions of the Tragedy of the Commons", (1998) 280 *Science* 682-683

Hardin/Baden 1977: Hardin, Garrett et John A. Baden (dir.), *Managing the Commons,* San Francisco, W.W. Freeman, 1977

Harding/Jenkins 1989: Harding, Philip et Richard Jenkins, *The Myth of the Hidden Eco-nomy: Towards a New Understanding of Informal Economic Activity,* Milton Keynes, Open Uni-versity Press, 1989

Hargreaves Heap et al. 1992: Hargreaves Heap, Shaun, Martin Hollis *et al., The Theory of Choice – A Critical Guide,* Oxford, Blackwell, 1992

Hargreaves/Varoufakis 1995: Hargreaves Heap, Shaun P. et Yanis Varoufakis, *Game The-ory – A Critical Introduction,* London, Routledge, 1995

Hargreaves/Varoufakis 2004: Hargreaves Heap, Shaun P. et Yanis Varoufakis, *Game Theory, Second Edition – A Critical Text,* 2e éd., London, Routledge, 2004

Hamay/Marciano 2003: Harnay, Sophie et Alain Marciano, *Posner L'analyse économique du droit,* Paris, Éditions Michalon, 2003

Harper 2003: Harper, David A.A., *Foundations of Entrepreneurship and Economic Develop-ment,* London, Routledge, 2003

Harris 1991: Harris, Donald, "Evaluating the Goals of Personal Injury Law: Some Empi-rical Evidence", dans Cane, Peter et Jane Stapleton (dir.), *Essays for Patrick Atiyah,* Oxford, Clarendon Press, 1991, 289-308

Harris et autres 2004: Harris, A. Doug et autres, *Cases, Materials and Notes on Partnerships and Canadian Business Corporations,* 4e éd., Toronto, Carswell, 2004

Hart 1963: Hart, H.L.A., *Law, Liberty, and Morality,* New York, Vintage Books, 1963

Hart 1983: Hart, Olivier D., "The Market Mechanism as an Incentive Scheme", (1983) 14 *Bell Journal of Economics* 366

Hart 1987: Hart, Oliver, "Incomplete Contracts", dans Eatwell, John, Murray Milgate et Peter Newman (dir.), *The New Palgrave – Allocation, Information and Markets,* London, MacMillan Press, 1987, p. 163-179

Hart 1989: Hart, Oliver, "An Economist's Perspective on the Theory of the Firm", (1989) 89 *Columbia Law Review* 1757-1774

Hart 1995: Hart, Oliver, *Firms, Contracts, and Financial Structure,* Oxford, Clarendon Press, 1995

Hart/Moore 1990: Hart, Oliver et John Moore, "Property Rights and the Nature of the Firm", (1990) 98 *Journal of Political Economy* 1119-1158

Hatzis 2000: Hatzis, Aristides N., *The Anti- Theoretical Nature of Civil Law Contract Scho-larship and the Need for an Economic Theory,* 2000, SSRN, [http://papers.ssrn.com/paper. taf?abstrac_id= 228345]

Hatzis 2003: Hatzis, Aristides N., "Having the Cake and Eating it too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law", (2003) 22 *International Review of Law and Economics* 381-406

Hatzis 2005: Hatzis, Aristides N., "Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair?", dans Grundmann, Stefan et Martin Schauer (dir.), *The Architecture of Eu-ropean Codes and Contract Law,* The Hague, Kluwer Law International, 2006, p. 159-191 [http://papers.ssrn.com/paper. taf? abstrac_id =66166]

Hatzis 2006: Hatzis, Aristides N., *An Offer You Can't Negotiate: Some Thoughts on the Eco-nomics of Standard-Form Consumer Contracts,* rapport, SSRN, 2006; http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstrac_id=899008

Hayek [1960]/1978: Hayek, FA, *The Constitution of Liberty,* 2e éd., Chicago, University of Chicago Press [1960] 1978

Hayek 1945: Hayek, F.A., "The Use of Knowledge in Society", (1945) 35 *American Eco-nomic Review* 519-530

Hayek 1968: Hayek, F.A., "Competition as a Discovery Procedure", dans F.A. Hayek (dir.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas,* Chicago, Univer-sity of Chicago Press, 1968, 179-190

Hayek 1973-1979: Hayek, Friedrich A., *Law, Legislation and Liberty,* Chicago, University of Chicago Press, 1973-1979 (3 volumes) (trad. fr. *Droit, législation et liberté: une nouvelle*

formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique, Paris, Presses Universaires de France, 1980

Hayek 1984: Hayek, Friedrich A., "Competition as a Discovery Procedure", dans Chiaki Nishiyama et Kurt R. Leube (dir.), *The Essence of Hayek,* Stanford, CA, Hoover Institution Press, 1984, 254-265

Hayek 1988: Hayek, F.A., *The Fatal Conceit,* Chicago, University of Chicago Press, 1988

Hazlett 1990: Hazlett, Thomas W., "The Rationality of U.S. Regulation of the Broadcast Spectrum", (1990) 33 *Journal of Law and Economics* 133-175

Heald 2005: Heald, Paul J., "A Transaction Costs Theory of Patent Law», (2005) 66 *Ohio State Law Journal* 473-508

Heath 2001: Heath, Joseph, *The Efficient Society – Why Canada is as Close* to *Utopia as* it *Gets,* Toronto, Penguin/Viking, 2001

Hechter 1987: Hechter, Michael, *Principles of Group Solidarity,* Berkeley, University of California Press, 1987

Hechter/Opp 2001: Hechter, Michael et Karl-Dieter Opp (dir.), *Social Norms,* New York, Russell Sage Foundation, 2001

Heertje/Barthelemy 1984: Heertje, Arnold et Philippe Barthelemy, *L'économie souterrai-ne,* Paris, Economica, 1984

Heertje/Cohen 1980: Heertje, Arnold et Harry Cohen, *Het officieuze circuit – Een witboek over Zwarte en Grijs* geld [Le circuit officieux – Un livre blanc sur l'argent noir et gris], Utrecht/Antwerpen, Uitgeverij Het Spectrum, 1980 (en néerlandais)

Heiner 1983: Heiner, Ronald A., "The Origin of Predictable Behavior", (1983) 73 *Ame-rican Economic Review* 560-595

Heiner 1986: Heiner, Ronald A., "Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules", (1986) 15 *Journal of Legal Studies* 227-262

Heiner 1990: Heiner, Ronald A., "Rule-Governed Behavior in Evolution and Human Society", (1990) 1 *Constitutional Political Economy* 19-46

Heller 1998: Heller, Michael A., "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Tran-sition from Marx to Markets", (1998) 111 *Harvard Law Review* 621-688

Heller/Eisenberg 1998: Heller, Michael A. et Rebecca S. Eisenberg, "Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research", (1998) 280 *Science* 698-701

Henderson 1998: Henderson, David, *The Changing Fortunes of Economic Liberalism: Yester-day, Today and Tomorrow,* London, Institute of Economic Affairs, 1998

Hensler 1985: Hensler, Deborah R. *et al., Asbestos in the Courts – The Challenge of Mass Toxic Torts,* Santa Monica, Rand Corporation, 1985

Hermalin et al. 2007: Hermalin, Benjamin E., Avery W. Katz et Richard Craswell, "The Law and Economics of Contracts", dans Polinsky, A. Mitchell et Steven Shavell (dir.), *Han-dbook of Law and Economics,* New York, Elsevier, 2007; [http://ssrn.com/abstract=907678]

Herman 1984: Herman, E.S., "The Limits of the Market as a Discipline in Corporate Governance", (1984) 9 *Delaware Journal of Corporate Law*. 530

Hermitte 1988: Marie- Angèle Hermitte, "Histoires juridiques extravagantes – La repro-duction végétale", dans Edelman, Bernard et M.-A. Hermitte (dir.), *L'homme, la nature et le droit,* Paris, Christian Bourgeois, 1988, p. 40-82

Hertig 1991: Hertig, Gerard, "Switzerland", (1991) 11 *International Review of Law and Economics* 293- 200

Hertig/Kraakman/Rock 2004: Hertig, Gerard, Reinier Kraakman et Edward Rock, "Is-suers and Investor Protection", dans Reinier Kraakman et autres (dir.), *The Anatomy of Corporate Law,* Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 193

Hertigi/McCahery 2003: Hertig, Gerard et Joseph McCahery, *Company and Takeover Law Reforms in Europe: Misguided Harmonization Efforts or Regulatory Competition*?, ECGI – Law Working Paper N°. 12, 2003

Hess/Ostrom 2003: Hess, Charlotte and Elinor Ostrom, "Ideas, Artifacts, and Facili-ties: Information as a Common-Pool Resource", (2003) 66 *Law and Contemporary Problems* 111-145

Hesse 1991: Hesse, Carla, *Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris,* 1789-1810, Berkeley, University of California Press, 1991

Hesse 2002: Hesse, Carla, "The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.A.D. 2000: An Idea in the Balance", (2002) 131 *Daedalus* 26-45; [http:// www.amacad.org/publications/ spring2002/spring2002cover.pdf]

Hesselink 1998: Hesselink, Martijn H., "Good Faith", dans Hartkamp, Arthur S. et Christian von Bar (dir.), *Towards a European Civil Code,* 2e éd., Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998, p. 285-310

Hesselink 2004: Hesselink, Martijn W., "The Concept of Good Faith", dans Hartkamp, Arthur S., Martijn W. Hesselink et autres (dir.), *Towards a European Civil Code,* 3e éd. rév. et augmentée, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2004, p. 471-498

Hesselink 2005: Hesselink, Martijn W., "Non-Mandatory Rules in European Contract Law", (2005) 1 *European Reviëw of Contract Law* 43-84 [http:// home.medewerker.uva. nl/m.w.hesselink/bestanden/Hesselink%20Non-Man datory%20Rules%20in %20euro-pean %20Contract%20Law%201%20(2005) %20eRCL %2044-86. pdf]

Hétu 1995: Hétu, Jean, "Le rôle de l'État dans la protection de l'environnement", dans Mackaay, Ejan et Hélène Trudeau, (dir.), *L'environnement – À quel prix?,* Montréal, Éditions Thémis, 1995, 265-290

Hicks 1997: Hicks, Andrew, "Corporate Form: Questioning the Unsung Hero", [1997] *Journal of Business Law* 306

Hillman 1997: Hillman, Robert W., "Limited Liability in Historical Perspective", (1997) 54 *Washington & Lee Law Review* 615

Hirschman 1970: Hirschman, Albert O., *Exit, Voice, and Loyalty – Responses* to *Decline in Firms, Organizations, and States, Cambridge,* MA, Harvard University Press, 1970 (trad. fr.: *Défection et prise de parole: théorie et application,* Paris, Fayard, 1995)

Hirshleifer 1971: Hirshleifer, Jack, "The Private and Social Value of Information and the Reward to Incentive Activity", (1971) 61 *American Economic Review* 561-574

Hirshleifer 1983: Hirshleifer, Jack, "Foreword to Water Rights", dans Anderson, Terry L. (dir.), *Water Rights: Scarce Resource Allocation, Bureaucracy, and the Environment,* San Francis-co, CA, Pacific Research Institute for Public Policy, 1983, p. xvii-xxii

Hirshleifer 1984: Hirshleifer, Jack, *Price Theory and Applications,* 3e éd., Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1984

Hirshleifer 1987: Hirshleifer, Jack (dir.), *Economic Behaviour in Adversity,* Chicago, IL, University of Chicago Press, 1987

Hirshleifer/Riley 1979: Hirshleifer, Jack et John G. Riley, "The Analytics of Uncer-tainty and Information – An Expository Survey", (1979) 17 *Journal of Economic Literature* 1375-1421

Hobbes [1651]/1968: Hobbes, Thomas, *Leviathan – or The Matter, Forme, & Power of a Common-wealth, ecclesiasticall and civill,* Harmondsworth, Penguin Books [1651], 1968

Hoffman/Spitzer 1993: Hoffman, Elizabeth et Matthew Spitzer, "The Divergence be-tween Willingness-to-Pay and Willingness-to-Accept Measures of Value", (1993) 71 *Wa-shington University Law Quarterly* 39-114

Hogarth/Reder 1986: Hogarth, Robin M. et Melvin W. Reder (dir.), *Rational Choice – The Contrast between Economics and Psychology,* Chicago, University of Chicago Press, 1986

Holtzhauer/Teijl1995: Holzhauer, R.W. et R. Teijl (dir.), *Inleiding rechtseconomie* [Intro-duction à l'analyse économique du droit], 2e éd., Arnhem, Gouda Quint BV, 1995

Holzhauer/Teijl 1991: Holzhauer, R.W. et R. Teijl (dir.), *De toenemende complexiteit van het intellectuele eigendomsrecht – Een economische analyse* [La complexité croissante des droits intellectuels – Une analyse économique], Arnhem, Gouda Quint BV, 1991

Horwitz 1980: Horwitz, Morton J., "Law and Economics: Science or Politics?", (1980) 8 *Hofstra Law Review* 905-912

Hovenkamp 2005: Hovenkamp, Herbert J., *United States Antitrust Policy in an Age of IP Expansion,* University of Iowa Legal Studies Research Paper N°. 04-03, 2005 [http://repo-sitories.cdlib.org/bclt/lts/2]; [http://levine.sscnet. ucla.edu/papers/anew.all.pdf] (pour la version 2007)

Huber/Mills 2005: Huber, Peter W. et Mark P. Mills, *The Bottomless Well: The Twilight of Fuel, the Virtue of Waste, and Why We Will Never Run Out of Energy,* New York, Basic Books, 2005

Hugenholtz 1989: Hugenholtz, P.Bernt, *Auteursrecht op informatie* [Le droit d'auteur sur l'information], Kluwer, Deventer, 1989

Hugenholz et al 2007: Hugenholtz, P. Bernt, Mireille Van Eechoud et al., *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy,* rapport, Institute for Information Law, University of Amsterdam, The Netherlands, 2006 [http://ec.europa.eu/internal_ market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recas_report_2006.pdf]

Hume [1740]/1978: Hume, David, *A Treatise of Human Nature,* 2e éd., Oxford, Clarendon Press [1740], 1978

Hviid 2000: Hviid, Morten, "Long-Term Contracts and Relational Contracts", dans Bou-ckaert/De Geest 2000, vol. III, "The Regulation of Contracts", p. 46-72

Hymowitz 2006: Hymowitz, Kay S., *Marriage and Caste in America: Separate and Unequal Families in a Post-Marital Age,* Chicago, Ill., Ivan R. Dee, 2006

Iacobucci 1980: Iacobucci, Frank, "Planning and Implementing Defenses to Takeover Bids: The Directors' Role", (1980) 5 *Canadian Business Law Journal* 131

Iacobucci 2002: Iacobucci, Edward M., "A *Wise* Decision? An Analysis of the Relationship between Corporate Ownership Structure and Directors' and Officers' Duties", (2002) 36 *Canadian Business Law Journal* 337

Iacobucci et al 1977: Iacobucci, Frank, John R.S. Pritchard et Marilyn

Pilkington, *Canadian Business Corporations: An Analysis of Recent Legislative Developments,* Agincourt, Canada Law Books, 1977

Industrie Canada 2004: Industrie Canada, *Vers des normes améliorées en matière de régie d'entreprise des sociétés constituées en vertu du droit fédéral,* Ottawa, 2004

Institut 1999: Institut de la Statistique du Québec, *Le Québec les chiffres en main,* Québec, 1999 [http://www.stat.gouv.qc.ca]

Jaffe/Lerner 2004: Jaffe, Adam B. et Josh Lerner, *Innovation and its Discontents: How our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, and What to do about it,* Prince-ton, Princeton University Press, 2004

Jaluzot 2001: Jaluzot, Béatrice, *La bonne foi dans les contrats – Étude comparative de droit français, allemand et japonais,* Paris, Dalloz, 2001

Jamet-Le Gac 2002: Jamet-Le gac, Sabine, *De l'utilité de la bonne foi. Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l' exécution des contrats,* Mémoire de DEA; droit des contrats; Lille 2; 1998; [ED nº 74, Lille 2], Université de Lille II – École doctorale, 1998 [http://www. rajf.org/article.php3?id_article=48]

Jamet-Legas 1998: Jamet-Legas, Sabine, *De l'utilité de la bonne foi. Une analyse économique de la bonne foi dans et pour l'exécution des contrats,* Mémoire de DEA, Université Lille 2; droit des contrats; Lille 2; 1998, [http:// www.glose.orgldoctrine.htm#J]

Jamin 2003: Jamin, Christophe, "Économie et droit", dans Alland, Denis et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique,* Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 578-581

Jamin 2003a: Jamin, Christophe et Denis Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat,* Paris, Dalloz, 2003

Jamin 2004: Jamin, Christophe, *Un modèle original: la construction de la pensée juridique française,* rapport, Cour de cassation, 2003 [http://www.cour decassation.fr/article4952. html]

Jamin 2006: Jamin, Christophe, "Theorie générale du contrat et droit des secteurs régu-lés", dans Frison-Roche, Marie-Anne (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation,* Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006, p. 183-196

Jamin/Verkindt 2003: Jamin, Christophe et Pierre-Yves Verkindt, "Droit civil et droit social: l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du xx^e^ siècle", dans Kasirer, Nicholas (dir.), *Le droit civil, avant tout un style,* Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 10 1-120

Janis 2002: Janis, Mark D., "Patent Abolitionism", (2002) 17 *Berkeley Technology Law Jour-nal* 899-952 [http://btlj.boalt.org/data/articles/17-2_spring2002_janis.pdf]

Jarrell 1981: Jarrell, Graig A., "The Economic Effects of Federal Regulation of the Market for New Security Issues", (1981) 24 *Journal of Law & Economics* 613

Jarrell/Brickley/Netter 1988: Jarrell, Gregg A., James A. Brickley et Jeffry M. Netter, "The Market for Corporate Control: The Empirical Evidence Since 1980", (1988) 2:1 *Journal of Economic Perspectives* 49-68

Jensen 2000: Jensen, Michael C., *A Theory of the Firm: Governance, Residual Claims, and Organizational Forms,* Cambridge, Harvard University Press, 2000

Jensen 2001: Jensen, Michael C., "Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function", (2001) *Journal of Applied Corporate Finance* 8

Jensen/Meckling 1976: Jensen, Michael C. et William H. Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure", (1976) 3 *The Journal of Financial Economics* 305-360; reproduit dans Putterman, Louis (dir.), *The Economic Nature of the Firm – A reader,* Cambridge, Cambridge University Press, 1986, 209-229

Jensen/Ruback 1983: Jensen, Michael C et Richard S. Ruback, "The Market for Corpo-rate Control", (1983) 11 *Journal of Financial Economics* 5-50

Jestaz 2002: Jestaz, Philippe, *Le droit,* 4e éd., Paris, Dalloz, 2002

Jestaz/Jamin 2004: Jestaz, Philippe et Christophe Jamin, *La doctrine,* Paris, Dalloz, 2004

Jobin 1993: Jobin, Pierre-Gabriel, *La vente dans le Code civil du Québec,* Cowansville, Yvon Blais, 1993

Jobin 2000: Jobin, Pierre-Gabriel, "La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec: quelle modernité?", (2000) *Revue Internationale de droit comparé* 49-76

Joffre 1987: Joffre, Patrick, "L'économie des coûts de transaction", dans Koenig, Gérard (dir.), *De nouvelles théories pour gérer l'entreprise,* Paris, Économica, 1987

Johnson/Pazderka 1995: Johnson, Lewis D. & Bohemir Pazderka, *The Economic & Social Benefits of Stock Markets,* Vancouver, Fraser Institute, 1995

Johnson/Rockwell 2003: Johnston, David et Kathleen Doyle Rockwell, *Canadian Securi-ties Regulation,* Toronto, Butterworths, 2003

Johnston 1990: Johnston, Jason Scott, "Law, Economics, and Post-Realist Explanation", (1990) 24 *Law and Society Review* 1217-1254

Johnston/ et al. 1996: Jonhston, Jonathan L., Catherine M. Daily et Alan Ellstrand, "Bo-ards of Directors: A Review and Research Agenda", (1996) 22 *Journal of Management* 409

Jolls 2007: Jolls, Christine, *Behavioral Law and Economics,* rapport, NBER Working Paper N°. W12879, 2007; [http://ssrn.com/abstract=960453]

Jolls et aI. 1998a: Jolls, Christine, Cas R. Sunstein et Richard H. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics", (1998) 50 *Stanford Law Review* 1471-1550

Jolls et al. 1998b: Jolls, Christine, Cas R. Sunstein et Richard H. Thaler, "Theories and Tropes: A Reply to Posner and Kelman", (1998) 5 *Stanford Law Review* 1593-1608

Jolls/Sunstein 2004: Jolls, Christine et Cass R. Sunstein, *Debiasing through Law,* rapport, University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper N°. 225; Harvard Law and Economics Discussion Paper N°. 495, 2004 [http://ssrn.com/abstract=590929]

Jones 1987: Jones, Eric L., *The European Miracle*: Environments, Economies, and Geopo-litics in the History of Europe and Asia, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1987

Jones 2003: Jones, Eric L., *The European Miracle,* 3e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003

Josselin/Marciano 2001: Josselin, Jean-Michel et Alain Marciano (dir.), *Analyse économi-que du droit,* Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2001

Judge/Zeithaml 1992: Judge, W. et C. Zeithaml, "Institutional and Strategic Choice Perspectives on Board Involvement in Strategic Decision Process", (1992) 35 *Academy of Management Journal* 766

Kahan 1992: Kahan, Marcel, "Securities Laws and the Social Costs of "Inaccurate" Stock Prices", (1992) 41 *Duke Law Journal* 977

Kahan/Klausner 1997: Kahan, Marcel et Michael Klausner, "Standardization and Inno-vation in Corporate Contracting (or the Economics of Boilerplate)", (1997) 83 *Virginia Law Review* 713

Kahneman et al 1990: Kahneman, Daniel, Jack L. Knetsch et Richard H. Thaler, "Ex-perimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem", (1990) 98 *Journal of Political Economy* 1325-1348, repris dans Sunstein, Cass R. (dir.), *Behavioral Law and Economics,* Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 211-231

Kahneman et al. 1982: Kahneman, Daniel, Paul Slovic et Amos Tversky (dir.), *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases,* Cambridge, Cambridge University Press, 1982

Kahneman/Tversky 1979: Kahneman, Daniel et Amos Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of decision under risk", (1979) 47 *Econometrica* 263-291

Kaplow 1984: Kaplow, Louis, "The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal", (1984) 97 *Harvard Law Review* 1813-1889

Kaplow/Shavell 1996: Kaplow, Louis et Steven Shavell, "Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis", (1996) 109 *Harvard Law Review* 713-789

Karpoff/Lott 1999: Karpoff, Jonathan M. et John R. Lott Jr, "On the determinants and importance of punitive damage awards", (1999) 41 *Journal of Law and Economics* 527-573

Katz 1998: Katz, Avery Wiener (dir.), *Foundations of the Economic Approach to Law,* New York, Oxford University Press, 1998

Katz 1998: Katz, Avery Wiener, "Standard Form Contracts", dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 3, London, MacMillan, 1998, p. 502-505

Katz 2004: Katz, Avery Wiener, *Contract Law in the Age of the Internet: An Economic Perspec-tive,* 2004 [http://www.columbia.edu/~ak4 72/#Papers]

Kay 2004: Kay, John, The Truth About Markets – Why Some Nations are Rich but Most Remain Poor, London, Penguin Books, 2004

Kaye 2007: Kaye, Joshua D., *Disclosure, Information, the Law of Contracts and the Mistaken Use of Laidlaw* v. *Organ,* ExpressO, 2007 [http://works. bepress.com/joshua_kaye/l]

Keily 1999: Keily, Troy, "Good Faith & the Vienna Convention on Contracts for the In-ternational Sale of Goods (CISG)", (1999) 3 *Vindobona Journal of International Commerical Law* & *Arbitration* 15-40

Kelman 1998: Kelman, Mark, "Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A Response to Jolls, Sunstein, and Thaler", (1998) 50 *Stanford Law Review* 1577-1591

Kennan 1998: Kennan, John, "Minimum Wage Regulation", dans Peter Newman (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 2, London, MacMillan, 1998, 642-645

Kennedy 1988: Kennedy, Paul, *The Rise and Fall of Great Powers,* London, Unwin Hyman, 1988

Kerkmeester 1989: Kerkmeester, Heico, *Recht en speltheorie – Een economisch model voor het ontstaan van staten en recht* [Droit et théorie des jeux – Un modèle économique de l'émergence des États et du droit], Lelystad (Pays-Bas), Koninklijke Vermande, 1989 (en néerlandais)

Kerkmeester 1993: Kerkmeester, Heico, *De grondwet als sociaal contract-Een inleiding in de constitutionel economie* [La constitution comme contrat social – Une introduction à l'éco-nomie politique], Arnhem, Gouda Quint, 1993 (en néerlandais)

Kerkmeester 1998: Kerkmeester, Heiko O., "Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans" [Dommages exemplaires pour compenser une faible probabilité de condamnation], (1998) 1998 *Nederlands Juristenblad* 1807-1813

Khong 2006: Khong, Dennis W.K., "The Historical Law and Economics of the First Co-pyright Act", (2006) 2 *Erasmus Law & Economics Review* [http:// www.eler.org/viewartide. php?id= 18&layout=abstract&OJSSID=ef88cc321b 42fge461ce27dc39781c9b]

Kieff 2001: Kieff, F. Scott, "Property Rights and Property Rules for Commercializing Invention", (2001) 85 *Minnesota Law Review* 697-754

Kieff 2004: Kieff, F. Scott, *The Case against Copyright: A Comparative Institutional Analysis of Intellectual Property Regimes,* Stanford Law and Economics Olin Working Paper Nº 297; Washington University School of Law Working Paper N°. 04-10-01, 2004; [http://papers. ssm.com/paper.taf?abstract_id=600802]

Kieff 2005: Kieff, F. Scott, *IP Transactions: On the Theory & Practice of Commercializing Inno-vation,* Stanford Law and Economics Olin Working Paper N°. 311, 2005; [http://papers. ssm.com/paper.taf?abstract_id=821327]

Kieff 2005: Kieff, F. Scott, *Coordination, Property & Intellectual Property:*

An Unconventional Approach to Anticompetitive Effects & Downstream Access, rapport, Washin-gton University School of Law Working Paper N°. 06-06-01; Stanford Law and Economics Olin Working Paper N°. 323, 2006; [http://ssm.com/ abstract=910656]

Kieff/Paredes 2004: Kieff, F. Scott et Troy A. Paredes, "The Basics Matter: At the Peri-phery of Intellectual Property", (2004) 73 *George Washington Law Review* 174-204

Kihlstrom/Wachter 2003: Kihlstrom, R.E. et M. L. Wachter, "Precommitment and Ma-nagerial Incentives: Corporate Policy And The Coherence Of Delaware Takeover Law", (2003) 152 *University of Pennsylvania Law Review* 523

Kirat 1999: Kirat, Thierry, *Économie du droit,* Paris, La Découverte, 1999

Kirat 2003: Kirat, Thierry (dir.), *Les mondes du droit de la responsabilité: regards sur le droit en action,* Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 2003

Kirchner 1991: Kirchner, Christian, "The Difficult Reception of Law and Economics in Germany", (1991) 11 *International Review of Law and Economics* 277-292

Kirzner 1973: Kirzner, Israel M., *Competition and Entrepreneurship,* Chicago, University of Chicago Press, 1973

Kirzner 1989: Kirzner, Israel M., "Some ethical implications for capitalism of the socia-list calculation debate", dans Paul, Ellen Frankel, Fred D. Miller Jr, Jeffrey Paul et John

Ahrens (dir.), *Capitalism,* Oxford, Basil Blackwell for the Social Philosophy and Policy Center, Bowling Green State University, 1989,p. 165-182

Kirzner 1997: Kirzner, Israel M., *How Markets Work – Disequilibrium, Entrepreneurship and Discovery,* London, Institute of Economic Affairs, 1997

Kitch 1977: Kitch, Edmund W., "The Nature and Function of the Patent System", (1977) 20 *Journal of Law and Economics* 265-290

Kitch 1980: Kitch, Edmund W., "The Law and Economics of Rights in Valuable Informa-tion", (1980) 9 *Journal of Legal Studies* 683-723

Kitch 1983: Kitch, Edmund W., "The Fire of Truth: A Remembrance of Law and, Econo-mics at Chicago, 1932-1970", (1983) 26 *Journal of Law and Economics* 163-234

Kitch 1995: Kitch, Edmund W., "The Theory and Practice of Securities Disclosure", (1995) 61 *Brooklyn Law Review* 763

Kitch 2000: Kitch, Edmund W., "Regulation of the Securities Market", dans Bouckaert/ De Geest 2000, vol. III, "The Regulation of Contracts", p.813-836

Klappholz 1987: Klappholz, Kurt, "Rent Control", dans John Eatwell, Murray Milgate et Peter Newman (dir.), *The New Palgrave – The World of Economics,* New York, W.W. Norton, 1987, 598-603

Klatzmann 1982: Klatzmann, Rosine, *Le travail noir,* Paris, Presses Universitaires de France, 1982

Klein 1980: Klein, Benjamin, "Transaction Cost Determinants of Unfair Contractual Arrangements", (1980) 70 *American Economic Review – Papers and Proceedings* 356-362; repr. dans Goldberg 1989, p. 139-146

Klein 1982: Klein, William A., "The Modern Business Organization: Bargaining Under Constraints", (1982) 91 *Yale Law Journal* 1521

Klein/Coffee 1996: Klein, William A. et John C. Coffee, Jr., *Business Organization and Finance – Legal and Economic Principles,* 6e éd., Westbury, Foundation Press, 1996

Klein/Saft 1985: Klein, Benjamin et Lester F. Saft, "The Law and Economics of Franchise Tying Contracts", (1985) 28 *Journal of Law and Economics* 345-361

Klick et al. 2006: Klick, Jonathan, Bruce H. Kobayashi et Larry E. Ribstein, *The Effect of Contract Regulation: The Case of Franchising,* rapport, George Mason Law & Economics Re-search Paper N°. 07-03; FSU College of Law, Law and Economics Paper N°. 07/001, 2006 [http://ssrn.com/abstract=951464]

Knetsch 1983: Knetsch, Jack L., *Property Rights and Compensation – Compulsory Acquisition and Other Losses,* Toronto, Butterworths, 1983

Knetsch 1989: Knetsch, Jack L., "The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Indifference Curves", (1989) 79 *American Economic Review* 1277-1284

Knetsch/Weinrib 1979: Knetsch, Jack L. et Ernest Weinrib, *Legal Rules, Efficiency and Alternative Measures of Economic Loss,* rapport, University of Toronto, Law and Economics Workshop Series, N°. WS II-7,1979

Knight [1921]/1971: Knight, Frank H., *Risk, Uncertainty and Profit,* Chicago, University of Chicago Press, [1921], 1971

Knight 1948: Knight, Frank, *Risk Uncertainty and Profits,* Londre, London School of Eco-nomics and Political Science, 1948

Knight 1992: Knight, Jack, *Institutions and Social Conflict,* Cambridge, Cambridge Univer-sity Press, 1992

Koenig 1993: Koenig, Gérard, *Les théories de la firme,* 2e éd., Paris, Économica, 1993

Kohn 2005: Kohn, Meir G., Organized Markets in Pre-Industrial Europe, dans Kohn, Meir G. (dir.), *The Origins of Western Economic Success: Commerce, Finance, and Government in Pre-Industrial Europe,* 2005 [http://www.dartmouth.edu/~mkohn/]

Komesar 1994: Komesar, Neil K., Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy, Chicago, University of Chicago Press, 1994

Kornhauser 1986: Kornhauser, Lewis A., "An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies", (1986) 57 *Colorado Law Review* 683-725

Kostritsky 2006: Kostritsky, Juliet P., *Judicial Incorporation of Trade Usages: A Functional Solution to the Opportunism Problem,* texte non publié, Case Legal Studies Research Paper N°. 06-02, 2006 [http://law.case.edu/ssrn/index. asp?id=64]; [http://papers.ssrn.com/ paper.taf?abstrac_id=885386]

Kötz 2000: Kötz, Hein, "Precontractual Duties of Disclosure", (2000) 9 *European Journal of Law and Economics* 5-19

Kötz/Schäfer 2003: Kötz, Hein et Hans-Bernd Schäfer, *Judex oeconomicus* – 12 *höchstrich-terliche Entscheidungen kommentiert aus ökonomischer Sicht,* [Judex economicus – 12 décisions de la Cour suprême analysées du point de vue de l'analyse économique du droit], Tübin-gen, Mohr Siebeck, 2003; [http://www.bepress.com/gwp/ default/vol2003/iss1/art12]

Kraakman 1991: Kraakman, Reinier, "The Legal Theory of Insider Trading Regulation in the United States" dans Hopt, Klaus J. et E. Wymeerisch (dir.), *European Insider Dealing,* Londres, Butterworth, 1991, p. 39-54

Kraakman et al. 2004: Kraakman, Reinier R., Paul Davies et al. (dir.), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach,* Oxford, Oxford University Press, 2004

Kraakman et autres 2004: Reinier Kraakman et autres (dir.), *The Anatomy of Corporate Law,* Oxford, Oxford University Press, 2004,

Kratochwil 1989: Kratochwil, Friedrich V., *Rules, norms, and decisions – On the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs,* Cambridge, Cam-bridge University Press, 1989

Kretschmer 2005: Kretschmer, Martin, "Artists' Earnings and Copyright: A Review of British and German Music Data in the Contexte of Digital Technologies", dans Mac-millan, Fiona (dir.), *New Directions in Copyright Law,* vol. 2, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2005, p. 61-78

Kronman 1978: Kronman, Anthony T., "Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contract", (1978) 7 *Journal of Legal Studies* 1-34

Kronman 1978a: Kronman, Anthony T., "Specific Performance", (1978) 45 *University of Chicago Law Review* 351-382; reproduit dans Kronman/Posner 1979, 181-194

Kronman/Posner 1979: Kronman, Anthony T. et Richard A. Posner (dir.), *The Economics of Contract Law,* Boston, Little, Brown and Cy, 1979

Krueger 1974: Krueger, Anne O., "The Political Economy of the Rent-Seeking Society", (1974) 64 *American Economic Review* 291-303

Kuran/Sunstein 1999: Kuran, Timur et Cas R. Sunstein, "Availability Cascades and Risk Regulation", (1999) 51 *Stanford Law Review* 683-768

Kuran/Sunstein 2000: Kuran, Timur et Cas R. Sunstein, "Controlling Availability Cas-cades", dans Sunstein, Cass R. (dir.), *Behavioral Law and Economics,* Cambridge, Cambrid-ge University Press, 2000, p. 374-397

La Porta/Lopez-De-Silanes/Shleifer 2006: La Porta, Rafael, Florencio Lopez – De-Silanes et Andrei Shleifer, "What works in securities laws?", (2006) 61 *Journal of Finance* 1-32

Labie, M.: "Économie sociale, non-profit, tiers secteur: à la recherche d'un cadre de gou-vernance adequate", dans Gouvernement d' entreprise: enjeux managériaux, comptables et financiers so us la direction d' Alain Finet, De Boeck, 2005

Lacorne 1991: Lacorne, Denis, *1'invention de la république – Le modèle américain,* Paris, Hachette, 1991

Lae 1989: Lae, Jean-François, *Travailler au noir,* Paris, Éditions A. M. Métaillé, 1989

Lafay/Lecaillon 1992: Lafay, Jean-Dominique et Jacques Lecaillon, *1'économie mixte,* Pa-ris, Presses universitaires de France, 1992

Lafond 1999: Lafond, Pierre-Claude, "L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage: petit code (civil) de conduite à l'intention des voisins", (1999) 33 *Revue Juri-dique Thémis* 225-276

Lagelée/Manceron 1998: Lagelée, Guy et Gilles Manceron, *La conquête mondiale des droits de l'homme – presentation des textes fondamentaux,* Paris, Cherche Midi Éditeur/ Éditions UNESCO, 1998

Lal 1995: Lal, Deepak, *The Minimum Wage:* No *Way* to *Help the Poor,* London, Institute of Economic Affairs, 1995

Lal 2006: Lal, Deepak, Reviving the Invisible Hand – The Case for Classical Liberalism in the Twenty-First Century, Princeton, Princeton University Press, 2006

Lamontagne 2005: Lamontagne, Denys-Claude, *Biens et propriété,* 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005

Lamontagne/Larochelle 2000: Denys-Claude Lamontagne, et Bernard Larochelle. *Droit spécialisé des contrats,* vol. 1, "Les principaux contrats: la vente, le louage, la société et le mandat", Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000

Lamy 2004: Lamy, Denis, *Le harcèlement entre locataires et propriétaires,* Montréal, Wilson & Lafleur, 2004

Landa 1981: Landa, Janet T., "A Theory of the Ethnically Homogeneous Middleman Group: An Institutional Alternative to Contract Law", (1981) 10 *Journal of Legal Studies* 349-362

Landa 1987: Landa, Janet T., "Hadley v. Baxendale and the Expansion of the Middleman Economy", (1987) 16 *Journal of Legal Studies* 455-470

Landa 1994: Landa, Janet T., *Trust, Ethnicity, and Identity: Beyond the New Institutional Eco-nomics of Ethnic Trading Networks, Contract Law, and Gift-Exchange,* Ann Arbor, Mich., Uni-versity of Michigan Press, 1994

Landes 1998: Landes, David, *The Wealth and Poverty of Nations,* New York, Norton, 1998

Landes/Posner 1978: Landes, Elisabeth M. et Richard A. Posner, "The Economics of the Baby Shortage", (1978) 7 *Journal of Legal Studies* 323-348

Landes/Posner 1987: Landes, William M. et Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1987

Landes/Posner 2003a: Landes, William M. et Richard A. Posner, "Indefinitely Renewa-ble Copyright", (2003) 70 *University of Chicago Law Review* 471-518; repr. dans Landes/ Posner 2003b, chap. 8, p.210 et suiv. [http:// ssrn.com/abstract_id=319321]

Landes/Posner 2003b: Landes, William M. et Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law,* Cambridge, MA, Belknap of Harvard University Press, 2003

Lando/Rose 2004: Lando, Henrik et Caspar Rose, "On the Enforcement of Specific Per-formance in Civil Law Countries", (2004) 24 *International Review of Law and Economics* 473-487

Langevoort 1990: Langevoort, Daniel C., "Investment Analysts and the Law of Insider Trading", (1990) 76 *Virginia Law Review* 1023

Langevoort 1992: Langevoort, Daniel C., "Theories Assumptions, and Securities Regu-lation: Market Efficiency Revisited", (1992) 140 *University of Pennsylvania Law Review* 851

Langevoort 1997: Langevoort, Donald C., "Organized Illusions: A Behavioral Theory of Why Corporations Mislead Stock Market Investors (and Cause other Social Harms)", (1997) 146 *University of Pennsylvania Law Review* 101

Langevoort 1998: Langevoort, Donald C., "Behavioral Theories of Judgment and Deci-sion Making in Legal Scholarship: A Literature Review", (1998) 51 *Vanderbilt Law Review* 1499-1540

Langevoort 2001: Langevoort, Donald C., "The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms, and the Unintended Consequences of Independence and Accountability", (2001) 89 *Georgetown Law Journal* 797

Lapointe 2000: Lapointe, Serge, "L'histoire des brevets", (2000) 12/3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 633-658 [http://www.robic.ca/cpi/l (dans Archives)

LaPorta et al. 2000: La Porta, Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer et Robert W. Vishny, "Investor Protection and Corporate Governance", (2000) 58 *Journal of Financial Economics* 3-27

LaPorta et al. 1999: La Porta, Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes et Andrei Shleifer, "Corporate Ownership Around the World", (1999) 54 *Journal of Finance.* 471-518

Laroque/Salanié 2000: Laroque, Guy et Bernard Salanié, "Une décomposition du non -emploi en France", (2000) 2000-1 *Économique et statistique* 47-66 [http://www.insee.fr/ fr/ffc/docs_ffc/ES331 C.pdf]

Laurent 1994: Laurent, Alain, *Individualisme méthodologique,* Paris, Presses Universitaires de France, 1994 *(coll. Que sais-je?* n° 2906)

Lauzon 1993: Lauzon, Yves, "Du contrat de société et d'association" dans Barreau du Québec et Chambre des Notaires du Québec, *La réforme du Code civil,* t. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 965

Lavoie 1985: Lavoie, Don, *Rivalry and Central Planning: The Socialist Calculation Debate Reconsidered,* New York, Cambridge University Press, 1985

Le Gac-Pech 2000: Le Gac-Pech, Sophie, *La proportionnalité en droit privé des contrats,* Pa-ris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000

Lebreton 2002: Lebreton, Sylvie, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes: étude particulière aux contrats de distribution,* Paris, Litec, 2002

Leclerc 2005: Leclerc, Normand, "L'argent n'a pas d'odeur", (2005) 39 *Revue juridique Thémis* 51-110

Ledyard 1987: Ledyard, John O., Market Failure, dans John Eatwell, Murray Milgate et Peter Newman (dir.), *The New Palgrave – Allocation, Information and Markets,* London, Ma-cMillan Press, 1987, 185-190

Lee 2004: Lee, Ian B., "Corporate Law, Profit Maximization, and the "Responsible" Sha-reholder", (2004-2005) 10/31 *Stanford Law Business and Financial* 31

Leebron 1991: Leebron, David W., "Limited Liability, Tort Victims, and Creditors", (1991) 91 *Columbia Law Review* 1565

Lefebvre 1996: Lefebvre, Brigitte, "La bonne foi: notion protéiforme", (1996) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 321-354

Lefebvre 1998: Lefebvre, Brigitte, *La bonne foi dans la formation du contrat,* Cowansville, Yvon Blais, 1998

Lehmann 1983: Lehmann, Michael, *Bürgerliches Recht und Handelsrechteine juristische und ökonomische Analyse,* Stuttgart, C.E. Poeschel Verlag, 1983

Leighton/Thain 1992: Leighton, D.S.R. et D.H. Thain, "Improving Board Effectiveness – The Problem and the Solution Begin with the Chairman", (1992) 57: 3, *Business Quar-terly* 19

Leland/Pyle 1977: Leland, Hayne E. et David H. Pyle, "Informational Asymmetries, Financial Structure, and Financial Intermediation", (1977) 32 *Journal of Finance* 371-387

Lemennicier 1991: Lemennicier, Bertrand, *Économie du droit,* Paris, Éditions Cujas, 1991

Lemennicier 1992: Lemennicier, Bertrand, "Prohibition de la drogue", (1992) 3 *Journal des Économistes et des Études Humaines* 493-522

Lemennicier 2006: Lemennicier, Bertrand, *Brevets d'invention, droits de reproduction et pro-priété intellectuelle,* texte non publié, 2006; [http://lemennicier.bwm – mediasoft.com/ar-ticle.php?ID=125&limba=fr]

Lemieux/ Mackaay 2001: Lemieux, Pierre et Ejan Mackaay, "Les droits de propriété", dans Jessua, Claude, Christian Labrousse et Daniel Vitry (dir.), *Dictionnaire des Sciences Économiques,* Paris, Presses Universitaires de France, 2001, p. 316-319

Lemley 1997: Lemley, Mark A., "The Economics of Improvement in Intellectual Property Law", (1997) 75 *Texas Law Review* 989-1084

Lemley 2005: Lemley, Mark A., "Property, Intellectual Property, and Free Riding", (2005) 83 *Texas Law Review* 1031-1075

Leoni 1991: Leoni, Bruno, *Freedom and the Law,* 3e éd., Indianapolis, LibertyPress [1961], 1991

Lepage 1978: Lepage, Henri, *Demain le capitalisme,* Paris, Librairie générale française, 1978

Lepage 1980: Lepage, Henri, *Demain Ie libéralisme,* Paris, Librairie générale française, 1980

Lepage 1985: Lepage, Henri, *Pourquoi la propriéte,* Paris, Hachette, 1985 [http://www.turgot.org/auteur .php?id= 15]

Lepage 1992: Lepage, Henri, "Pollution: l'approche économique», dans Max Falque et Guy Millière (dir.), *Écologie et liberté – une approche de l'environnement,* Paris, Litec, 1992, 161-200

Lerner 2002: Lerner, Josh, "150 Years of Patent Protection", (2002) 92 *American Economic Review Papers and Proceedings* 221-225; [http://www.nber.org/papers/w8977]

Lerner/Tirole 2000: Lerner, Josh et Jean Tirole, *The Simple Economics of Open Source,* NBER Working Paper N°. W7600, 2000 [http://www.nber.org/ papers/w7600]

Lerner/Tirole 2004: Lerner, Josh et Jean Tirole, "Efficient Patent Pools", (2004) 94 *Ame-rican Economic Review* 691-711

Lerner/Tirole 2005: Lerner, Josh et Jean Tirole, "The Scope of Open Source Licensing", (2005) 21 *Journal of Law, Economics and Organization* 20-56; [http://www.nber .org/papers/ w9363]

Lessig 1999: Lessig, Lawrence, *Code and Other Laws of Cyberspace,* New York, Basic Books, 1999

Lessig 2004: Lessig, Lawrence, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity,* New York, Penguin, 2004

Lessig 2006: Lessig, Lawrence, *Code: Version 2.0,* 2e éd., New York, Basic Books, 2006

Leuz/Triantis/Wnag 2006: *Why Do Firms Go Dark? Causes and Economic Consequences of Voluntary SEC Deregistrations,* University of Pennsylvania Working Paper

LeuzlWysocki 2006: Leuz, Christian et Peter Wysocki, "Capital Effects of Corporate Disclosures and Disclosure Regulation", dans Task Force to Modernize Securities Legis-lation in Canada, *Canada Steps Up,* 2006, p. 185-237

Lévêque/Menière 2003: Lévêque, François et Yann Menière, *Économie de la propriété intel-lectuelle,* Paris, Éditions découverte, 2003; la version anglaise est disponible sur l'Internet: http://www.cerna.ensmp.fr/PrimerForFree.htm

Levi et al. 1990: Levi, Margaret, Karen S. Cook, Jodi A. O'Brien and Howard Faye, "In-troduction – The limits of rationality", dans Karen S. Cook and Margaret Levi (dir.), *The limits of rationality,* Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. 1-16

Levine 1998: Levine, Michael E., "Regulatory Capture", dans Peter Newman (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* Vol. 3, London, MacMillan, 1998, 267-269

Levine/Forrence 1990: Levine, Michael E. et Jennifer L. Forrence, "Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis", (1990) 6 *Journal of Law, Eco-nomics, & Organization* S167-S198

Levitt/Dubner 2005: Levitt, Steven D. et Stephen J. Dubner, *Freakonomics – A Rogue Eco-nomist Explores the Hidden Side of Everything,* New York, William Morrow, 2005

Levmore 1987: Levmore, Saul, "Variety and Uniformity in the Treatment of the Good-Faith Purchaser", (1987) 16 *Journal of Legal Studies* 43-65

Levmore 1994: Levmore, Saul (dir.), *Foundations of Tort Law,* New York, Oxford Univer-sity Press, 1994

Lewis 1969: Lewis, David K., *Convention: A Philosophical Study,* Harvard University Press, 1969

Liang 2004: Liang, Lawrence, *Guide to Open Content Licenses – v.* 1.2, Rotterdam, Piet Zwart Institute, 2004; [http://pzwart.wdka.hro.nl/mdr/pubsfolder/opencontentpdf]

Libecap 1978: Libecap, Gary D., "Economic Variables and the Development of Law: The Case of Western Mineral Rights", (1978) 38 *Journal of Economic History* 338-362

Libecap 1989: Libecap, Gary D., *Contracting for Property Rights,* Cambridge, Cambridge University Press, 1989

Libecap 2003: Libecap, Gary D., "Contracting for Property Rights", dans Anderson/ McChesney 2003, p. 142-167

Liebowitz 2005: Liebowitz, Stan J., "Economists' Topsy-Turvy View of Piracy", (2005) 2 *Review of Economic Research on Copyright Issues 5-17*

Liebowitz 2006: Liebowitz, Stan J., "File-Sharing: Creative Destruction or just Plain Destruction?", (2006) 49 *Journal of Law and Economics* 1-28

Liebowitz/Margolis 1990: Liebowitz, Stan J. et Stephen E. Margolis, "The Fable of the Keys", (1990) 33 *Journal of Law and Economics* 1-25; repris dans Liebowitz, Stanley J. et Stephen E. Margolis, *Winners, Losers & MicrosoftCompetition and Antitrust in High Technology,* San Francisco, Independent Institute, 1999 (chapitre 2)

Liebowitz/Margolis 1999: Liebowitz, Stanley J. et Stephen E. Margolis, *Winners, Losers & Microsoft- Competition and Antitrust in High Technology,* San Francisco, Independent Ins-titute, 1999

Lind et al. 1973: Lind, E.A., John Thibaut et Laurens Walker, "Discovery and Presen-tation in Adversary and Nonadversary Proceedings", (1973) 71 *Michigan Law Review* 1129-1144

Lind et al. 1976: Lind, E.A., John Thibaut et Laurens Walker, "Cross-Cultural Com-parison of the Effect of Adversary and Inquisitorial Processes on Bias in Legal Deci-sionmaking", (1976) 62 *Virginia Law Review* 271-283

Lind/Tyler 1988: Lind, E. Allen et Tom R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice,* New York, Plenum Press, 1988

Linden 2001: Linden, Allen M., *Canadian Tort Law,* 7e éd., Toronto, Butterworths, 2001

Lintner 1965: Lintner, John, "The Valuation of Risk Assets and the Selection of Risky Investments in Stock Portfolios and Capital Budgets", (1965) 47 *Review of Economics and Statistics* 13-37

Lipskier 2005: Lipskier, Marc, "Les entreprises peuvent-elles profiter de l'introduction des class action en droit français ?", *J.C.P.* E. 2005.I.675

Lipton/Rowe 2002: Lipton, Martin et Paul K. Rowe, "Pills, Polls and Professors: A Reply to Professor Gilson", (2002) 27 *Delaware Journal of Corporate Law* 1

List 2000: List, John, *The Effect of Market Experience on the WTA/WTP Disparity: Evidence from a Fields Experiment with Sports Memorabilia,* rapport, university of Arizona, Economics, 2000 [http://enviro.colorado.edu/class/4309/ jlistwtawtpdec 10_ doc. pdf]

Listokin 2005: Listokin, Yair Jason, "The Empirical Case for Specific Performance: Evi-dence from the Tyson-IBP Litigation", (2005) 2 *Journal of Empirical Legal Studies* 469-493 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=679874]

Litman 2001: Litman, Jessica, *Digital Copyright,* Amherst, NY, Prometheus Books, 2001

Littlechild 2000: Littlechild, Stephen, *Privatisation, Competition and Regulation,* London, Institute of Economic Affairs, 2000

Litvak 2005: Litvak, Kate, *The Effect of the Sarbanes-Oxley Ad on Non- US Listed Companies Cross-Listed in the US,* University of Texas Working Paper, 2005

Litvinoff 1997: Litvinoff, Saul, "Good Faith", (1997) 71 *Tulane Law Review* 1645-1674

Lluelles/Moore 1998: Lluelles, Didier et Benoît Moore, *Droit civil québécois des obligations,* vol. I, Montreal, Éditions Thémis, 1998

Lluelles/Moore 2006: Lluelles, Didier et Benoit Moore, *Droit des obligations,* Montréal, Éditions Thémis, 2006

Locke [1690]/1965: Locke, John, *Two Treatises of Government,* New York, New American Library [1690], 1965, par. 27 *in fine* (n° 222, p. 460). (éd. française: *Traité du gouvernment civil,* Paris, Flammarion, (coll. GF) 1984, p. 195)

Lopucki 1996: Lopucki, Lynn M., "The Death of Liability", (1996) 106 *Yale Law Journal* 1

Loussouam 1992: Loussouarn, Yvon, "Rapport de synthèse sur la bonne foi", dans *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Louisianaises,* Tome XLIII, Paris, Litec, 1992, p. 15

Lucas 2002: Lucas, André, *Propriété littéraire et artistique,* 2e éd., Paris, Dalloz, 2002

Lucas et al. 2001: Lucas, André, Jean Devèze et Jean Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet,* Paris, Presses Universitaire de France, 2001

Lucas/Lucas 2001: Lucas, André et Henri-Jacques Lucas, *Traité de propriété littéraire & artistique,* 2e éd., Paris, Litec, 2001

Lueck 2003: Lueck, Dean, "First Possession as the Basis of Property", dans Anderson/ McChesney 2003, p. 200-226

Lutterbeck et al. 2006: Lutterbeck, Berns, Matthias Bärwolff et Robert A. Gehring (dir.), *Open Source Jahrbuch 2006 – Zwischen Softwareentwicklung und Gesellschaftsmodell,* Berlin, Verlag Lehmanns Media, 2006 [http://www. opensourcejahrbuch.de/]

Lyon-Caen/Lyon Caen 1978: Lyon-Caen, G. et A. Lyon-Caen, "La doctrine de l'entrepri-se", dans *Dix ans de droit de l'entreprise,* Paris, Litec, 1978

Maati 1999: Maati, Jérôme, *Le gouvernement d'entreprise,* Paris, de Boeck Université, 1999

Maati 2004: Maati, Jérôme, "Le gouvernement d'entreprise: l'approche financière des sciences de gestion", *Petites Affiches,* 12 février 2004, nº 31, p.33

Macaulay 2000: Macaulay, Stewart, "Relational Contracts Floating on a Sea of Custom? Thoughts about the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein", (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 775-804

Macey 1991: Macey, Jonathan R., "An Economic analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties", (1991) 21 *Stetson Law Review* 23

Macey 1998: Macey, Jonathan R., “Public choice and the law”, dans Peter Newman (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* Vol. 3, London, MacMillan, 1998, 171-178

Macey/Kanda 1990: Macey, Johathan et Hidei Kanda, “The Stock Exchange as a Firm: The Emergence of Close Substitutes for the New York and Tokyo Stock Exchanges”, (1990) 75 *Cornell Law Review* 1007

Macey/Miller 1991: Macey, Jonathan et Geoffrey Miller, “Origin of the Blue Sky Laws”«, (1991) 70 *Texas Law Review* 347

Machlup/Penrose 1950: Machlup, Fritz et Edith T. Penrose, “The Patent Controversy in the Nineteenth Century”, (1950) 10 *Journal of Economic History* 1-29

MacIntosh 1994: MacIntosh, Jeffrey G., *Legal and Institutional Barriers to Financing Inno-vative Enterprise in Canada,* Kingston, Discussion Paper 94-10, School of Policy Studies, Queen’s University, 1994

MacIntosh/Nicholls 2002: MacIntosh, Jeffrey G. et Christopher C. Nicholls, *Securities Law,* Toronto, Irwin, 2002.

MacIntosh/Schwartz 1995: MacIntosh, JeffreyG. et Lawrence P. Schwartz, “Les inves-tisseurs institutionnels et les actionnaires dominants contribuent-ils à faire augmenter la valeur de l’entreprise”, dans Morck, Randall et Ronald J. Daniels (dir.), *La prise de décision dans les entreprises au Canada,* Calgary, University of Calgary Press, 1995

Mackaay 1979: Mackaay, Ejan, “Les notions floues ou l’économie de l’imprécision”, (1979) 12 *Langages* 33-50

Mackaay 1980: Mackaay, Ejan, “Le droit relatif aux accidents – une interprétation écono-mique”, (1980) 15 *Revue juridique Thémis* 383-415

Mackaay 1982: Mackaay, Ejan, *Economics of Information and Law,* Boston, Kluwer,1982

Mackaay 1986: Mackaay, Ejan, “La règle juridique observée par le prisme de l’économis-te – une histoire stylisée du mouvement d’analyse économique du droit”, (1986) 1 *Revue internationale de droit économique* 43-88

Mackaay 1988: Mackaay, Ejan, “L’ordre spontané com me fondement du droit – un sur-vol des modèles de l’émergence des règles dans la société civile”, (1988) 22 *Revue juridi-que Thémis* 347-383 et (1989) 3 *Revue internationale de droit économique* 247-287

Mackaay 1990: Ejan Mackaay, “Les droits intellectuels – entre propriété et monopole”, (1990) 1 *Revue des économistes et des études humaines* 61-100 et

355-358 (version anglaise: “Economic incentives in markets for information and innova-tion”, (1990) 13 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 865-907)

Mackaay 1991: Mackaay, Ejan, “Verschuivingen in de rechtseconomieKroniek over de jaren 1988-1990”, (1991) 66 *Nederlands Juristenblad* 1505-1521 (24 oktobre 1991) (en néerlandais)

Mackaay 1991b: Mackaay, Ejan, “La propriété est-elle en voie d’extinction?”, dans Ma-ckaay, E. (dir.), *Nouvelles technologies et propriété,* Montréal, Éditions Thémis et Paris, LI-TEC, 1991, p. 217-247

Mackaay 1991a: Mackaay, Ejan, “Le droit saisi par le jeu”, (1991) 17-18 *Droit et Société* 57-81; repris dans François Ost et Michel van de Kerhove (dir.), *Le jeu*: *un paradigme pour Ie droit,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, 81-110

Mackaay 1992: Mackaay, Ejan, "Règle et décision en droit", dans Danièle Bourcier et Pierre Mackay (dir.), *Lire le droit- Langue, texte, cognition,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, 41-69

Mackaay 1996: Mackaay, Ejan, "The Economics of Emergent Property Rights on the Internet", dans Hugenholtz, P. Bernt (dir.), *The Future of Copyright in a Digital Environment,*
The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 13-25 (en français: Mackaay 1997)

Mackaay 1997: Mackaay, Ejan, "L'economie des droits de propriété émergents sur l'In-ternet", (1997) 9 *Cahiers de propriété intellectuelle* 281-300

Mackaay 1997a: Mackaay, Ejan, "The Emergence of Constitutional Rights", (1997) 8
Constitutional Political Economy 15-36

Mackaay 1999: Mackaay, Ejan, "On property rights and their modification", dans Fase, Martin M.G., Walter Kanning et Donald A. Walker (dir.), *Economics, Welfare Policy and the History of Economic Thought; Essays in Honour of Arnold Heertje,* Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1999, p. 245-264

Mackaay 1999a: Mackaay, Ejan, "L'édition électronique par et pour la communauté scientifique", (1999) 12 *Cahiers de propriété intellectuelle* 159-184

Mackaay 2000: Mackaay, Ejan, *Analyse économique du droit,* vol. I, "Fondements", Mon-tréal/Bruxelles, Éditions Thémis/Bruylant, 2000

Mackaay 2000a: Mackaay, Ejan, "History of Law and Economics", dans Bouckaert/De Geest 2000, vol. I, p. 65-117

Mackaay 2000b: Mackaay, Ejan, "Schools and Approaches", dans Bouckaert/De Geest 2000, vol. I, p. 402-415

Mackaay 2002: Mackaay, Ejan, "Intellectual Property and the Internet: – The Share of Sharing", dans Elkin-Koren, Niva et Neil Netanel (dir.), *The Commodification of Informa-tion,* The Hague, Kluwer, 2002, p. 133-146

Mackaay 2003: Mackaay, Ejan, "La propriété intellectuelle et l'innovation – Analyse éco-nomique du droit", (2003) 119 *Droit* & *Patrimoine* 61-67

Mackaay 2004: Mackaay, Ejan, "Le droit civil du mandat – Une analyse économique", dans Poullet, Yves, Patrick Wéry et Paul Wynants (dir.), *Liber amicorum Michel Coipel,* Bru-xelles, Éditions Wolters Kluwer Belgique, 2004, p.37-52

Mackaay 2005: Mackaay, Ejan, "Compte rendu de Gérard Farjat: pour un droit économi-que [Paris, Presses universitaires de France]", (2005) 61 *Droit et Société* 898-901

Mackaay 2005a: Mackaay, Ejan, "Faut-il un code civil européen? Une analyse économi-que", (2005) 46 *Cahiers de Droit* 215-226

Mackaay 2007: Mackaay, Ejan, "The Law and Economics of the Civil Law of Mandate", presentation à la *Annual Law* & *Economics Conference 2007,* Université de Bologne, 16 et 17 février 2007 [https://papyrus.bib.umontreal.ca/dspace/handle/1866/727]

Mackaayet al 2003: Mackaay, Ejan, Violette Leblanc, Nicolette Kost-de Sévres, Emma-nuel Darankoum,« L'économie de la bonne foi contractuelle", dans Moore, Benoit (dir.), *Mélanges Jean Pineau,* Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 421-459 [http://www.cdaci. umontreal.ca/membres/e_mackaay fr.html]

Mackaay/Rousseau 2006: Mackaay, Ejan et Stéphane Rousseau, "Introduction à l'analy-se économique du droit", dans Lefebvre, Guy et Stéphane Rousseau (dir.), *Introduction au droit des affaires,* Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 29-65

Macneil 1974: Macneil, Ian R., "The Many Futures of Contracts", (1974) 47 *Southern California Law Review* 691-816

Macneil 1981: Macneil, Ian R., "Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shor-tfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"", (1981) 75 *Northwestern Univer-sity Law Review* 1018-1063

Macneil 1985: Macneil, Ian R., "Relational Contract: What We Do and Do not Know", (1985) 1985 *Wisconsin Law Review* 483-525

Macneil 2000: Macneil, Ian R., "Relational Contract Theory: Challenges and Queries", (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 877-907

Mahoney 1995: Mahoney, Paul G., "Mandatory Disclosure as a Solution to Agency Pro-blem", (1995) 62 *University of Chicago Law Review* 1047

Mahoney 2001: Mahoney, Paul G., *The Origins of the Blue Sky Laws: A Test of Competing Hypotheses,* UVA Law & Economics Research Paper N°. 01-11, 2002

Maitre 2005: Maitre, Grégory, *La responsabilité civile à* l'*épreuve de* l'*analyse économique du droit,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005

Malaurie 1991: Malaurie, Philippe, *Introduction à l'etude du droit,* Paris, Éditions Cujas, 1991

Malaurie 1996: Malaurie, Philippe, *Anthologie de la pensée juridique,* Paris, Éditions Cujas, 1996

Malaurie/Aynès 1990: Malaurie, Philippe et Laurent Aynès, *Cours de droit civil- Les Obli-gations,* 2e éd., Paris, Éditions Cujas, 1990

Malkiel 1999: Malkiel, Burton G., *A Random Walk Down Wall Street,* New York, Norton, 1999

Manne 1965: Manne, Henry G., "Mergers and the Market for Corporate Control", (1965) 73 *Journal of Political Economics* 110

Manne 1966a: Manne, Henry G., "In Defense of Insider Trading", (1966) 44 *Harvard Business Review* 113-122

Manne 1966b: Manne, Henry G., *Insider Trading and the Stock Market,* New York, Collier -MacMillan, 1966

Manne 1967: Manne, Henry G., "Our Two Corporate Systems: Law and Economics", (1967) 53 *Virginia Law Review* 259-284

Manne 1974: Manne, Henry G. (dir.), *The Economics of Legal Relationships – Readings in the Theory of Property Rights,* St. Paul, MN, West Publishing, 1974

Manning 1962: Manning, Bayless, "The Shareholder's Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker", (1962) 72 *Yale Law Journal* 223

Mansfield 1986: Mansfield, Edwin, "Patents and Innovation: An Empirical Study", (1986) 32 *Management Science* 173-181

Mansfield et al. 1981: Mansfield, Edwin, Mark Schwartz et Samuel Wagner, "Imitation Costs and Patents: An Empirical Study", (1981) 91 *Economic Journal* 907-918

March [1978]/1986: March, James G., “Bounded Rationality, Ambiguity, and the Engi-neering of Choice”, (1978) 9 *Bell Journal of Economics* 587-608, repris dans: *Rational Choice,* Elster, Jon (dir.), New York, New York University Press, 1986, p. 143-170

Marini 1996: Marini, Philippe, “La modernisation du droit des sociétés”, coll. “Rapports officiels”, Documentation française, 1996, *spéc.* p.12

Markowitz 1952: Markowitz, Harry M., “Portfolio Selection”, (1952) 7 *Journal of Finance* 77-91

Marshall 1961: Marshall, Alfred, *Principles of economics,* 9e éd., Londres, MacMillan, 1961

Martin/McConnell 1991: Martin J. Kennett et John J. McConnell, “Corporate Perfor-mance, Corporate Takeovers, and Management Turnover”, (1991) 46 *Journal of Finance* 671-687

Martin-Serf 1998: Martin-Serf, Arlette, “Sociétés fictives et frauduleuses”, J.-Cl. Socié-tés, fasc. 7-40,1998

Maskus 2000: Maskus, Keith E., *Intellectual Property Rights in the Global Economy,* Washin-gton, DC, Institute for international Economics, 2000

Maskus 2005: Maskus, Keith E. (dir.), *WTO, Intellectual Property Rights and The Knowle-dge Economy – Critical perspectives on the global trading system and the WTO,* Aldershot, UK, Edward Elgar, 2005

Massie 2006: Massie, Jean-Aymon, “Le gouvernement d’entreprise à l’heure du court-termisme”, *L’AGEFI Hebdo,* 12 au 18 octobre 2006, p.6. Cet article se trouve en lien sur le site internet de l’AFGE dans la partie revue de presse: http://www.afge-asso.org/index. php?option=com_content&task=section&id =6&Itemid=46

Mathewson/Winter 1985: Mathewson, Frank et Ralph S.A. Winter, “The Economics of Franchise Contracts”, (1985) 28 *Journal of Law and Economics* 503-526

Mattei 1994: Mattei, Ugo, “Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law”, (1994) 42 *American Journal of Comparative Law* 195-218

Mattei 1995: Mattei, Ugo, “The Comparative Law and Economics of Penalty Clause in Contracts”, (1995) 43 *American Journal of Comparative Law* 427-444

Mattei 1997: Mattei, Ugo, *Comparative Law and Economics,* Ann Arbor, University of Mi-chigan Press, 1997

Mattei 2000: Mattei, Ugo, *Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction,* Westport, CT, Greenwood Publishing Group, 2000

Maurer/Scotchmer 1999: Maurer, Stephen M. et Suzanne Scotchmer, “Database Protec-tion: Is it Broken and Should We Fix it?”, (1999) 284 *Science* 1129-1130

Maynard Keynes 1982: Maynard Keynes, John, *Evolution and the theory of games,* Cambri-dge, Cambridge University Press, 1982

McChesney 1989: McChesney, Fred S., “Economics, Law, and Science in The Corporate Field: A Critique of Eisenberg”, (1989) 89 *Columbia Law Review* 1530

McChesney 1997: McChesney, Fred S., *Money for Nothing – Politicians, Rent Extraction and Political Extortion,* Cambridge, Harvard University Press, 1997

McChesney 1998: McChesney, Fred S., "Rent from regulation", dans Peter Newman (dir.), *The New Pal Grave Dictionary of Economics and the Law,* Vol. 3, London, MacMillan, 1998, 310-315

McChesney 2003: McChesney, Fred S., "Government as Definer of Property Rights: Tra-gedy Exiting the Commons?", dans Anderson/McChesney 2003, p. 227-253

McChesney/Shughart II 1995: McChesney, Fred S. et William F. Shughart II (dir.), *The Causes and Consequences of Antitrust – The Public-Choice Perspective,* Chicago, University of Chicago Press, 1995

McCloskey 1997: McCloskey, Deirdre N., *The Vices of Economists – The Virtues of the Bour-geoisie,* Amsterdam, Amsterdam University Press, 1997

McEwin 1989: McEwin, R. Ian, "No-fault and Road Accidents: Some Australasian Evi-dence", (1989) 9 *International Review of Law and Economics* 13-24

McKendrick 1997: McKendrick, Ewan, "The Regulation of Long-Term Contracts in En-glish Law", dans Beatson, Jack et Daniel Friedmann (dir.), *Good Faith and Fault in Contract Law,* Oxford, Oxford University Press, 1997, p.305-333

McKenna et al. 2006: McKenna, Barrie, Paul Waldie, Simon Avery, "Patently Absurd", *Globe and Mail* du 28/1/2006, B4-B6 [http://www.globetechnology.com/servlet/story/ RTGAM.20060128.wxcover0128/BNStory/ Technology/]

McKenzie/Lee 1991: McKenzie, Richard B. et Dwight R. Lee, *Quicksilver Capital – How the Rapid Movement of Wealth Has Changed the World,* New York, The Free Press, 1991

McKenzie/Tullock 1981: McKenzie, Richard B. et Gordon Tullock, *The New World of Economics – Explorations into the human experience,* 3e éd., Homewood, IL, Richard D. Irwin, 1981

Mcklethwait/Wooldrige 2003: Micklethwait, John et Adrian Wooldridge, *The Company – A Short History of a Revolutionary Idea,* New York, Modern Library, 2003

McMahon 2000: McMahon, Fred, *Road to Growth – How Lagging Economies Become Prospe-rous,* Halifax, NS, Atlantic Institute for Market Studies, 2000

McManus 1972: McManus, John C., "An Economic Analysis of Indian Behaviour in the North American Fur Trade", (1972) 32 *Journal of Economic History* 36-53

Meade 1952: Meade, James, "External economies and diseconomies in a competitive situation", (1952) 62 *Economic Journal* 54-67

Medema/Zerbe 2000: Medema, Steven G. et Richard o. Zerbe, "Coase Theorem", dans: Bouckaert/De Geest 2000, vol. I, p. 836-892

Ménard 2000: Ménard, Claude (dir.), Institutions, Contracts and Organizations – Pers-pectives from New Institutional Economics, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2000

Mendelson 1969: Mendelson, Morris, "The Economics of Insider Trading Revisited", (1969) 117 *University of Pennsylvania Law Review* 470-472

Mendelson 1978: Mendelson, Morris, "Economics and the Assessment of Disclosure Requirements", (1978) 1 *Journal of Comparative Corporate Law and Securities Regulation.* 49

Menger [1871]/1976: Menger, Carl, *Principles of Economics,* New York, New York Univer-sity Press [1871], 1976

Menger 1991: Menger, Carl, "On the Origin of Money", dans Richard M. Ebeling (dir.), *Austrian Economics – A Reader,* Hillsdale, Michigan, Hillsdale College Press, 1991, 483-504

Menzies 2002: Menzies, Gavin, *1421- The Year China Discovered the World,* London, Ban-tam Books, 2002

Mercier/Théoret 1993: Mercier, Guy et Raymond Théoret, *Traité de gestion financière,* Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 1993

Merges 1994: Merges, Robert P., "Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property", (1994) 94 *Columbia Law Review* 2655-2673

Merges 1994a: Merges, Robert P., "Intellectual Property Rights and Bargaining Break-down: The Case of Blocking Patents", (1994) 62 *Tennessee Law Review* 75-106

Merges 1996: Merges, Robert P., "Contracting Into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations", (1996) 84 *California Law Review* 1293-1393

Merges 1996a: Merges, Robert P., "Property Rights Theory and the Commons: The Case of Scientific Research", (1996) 13 *Social Philosophy & Policy* 145-167

Merges 1999a: Merges, Robert P., "As Many as Six Impossible Patents Before Breakfast: Property Rights for Business Concepts and Patent System Reform", (1999) 14 *Berkeley Technology Law Journal* 577-615

Merges 1999b: Merges, Robert P., *Institutions for Intellectual Property Transactions: The Case of Patent Pools,* rapport, University of California at Berkeley, Berkeley, California, 1999 [http://www.law.berkeley.edu/institutes/bdt/pubs/ merges/pools. pdf]

Merges 2001: Merges, Robert P., "Institutions for Intellectual Property Transactions: The Case of Patent Pools", dans Cooper Dreyfuss, Rochelle, Diane Leenheer Zimmerman et Harry First (dir.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society,* Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 123-165

Merges 2003: Merges, Robert P., "The Uninvited Guest:
et", (2003) 88/4 *Federal Reserve Bank of Atlanta Economic*
frbatlanta.org/file_invoke.cfm?objectid=9F71CSC7-9FA4-2579-3
ACF33F1e0082AFA&method=display_filelegacydoc]

Merges 2004a: Merges, Robert P., "Compulsory Licensing vs. the Three "Golden Oldies" Property Rights, Contracts, and Markets", (2004) 508 *Policy Analysis* 1-15 (15 jan. 2004) [http://www.cato.org/pubs/pas/pa508.pdf]

Merges 2004b: Merges, Robert P., "A New Dynamism in the Public Domain", (2004) 71 *University of Chicago Law Review* 183-203

Merges/Ginsburg 2004: Merges, Robert P. et Jane C. Ginsburg (dir.), *Foundations of In-tellectual Property,* New York, Foundation Press, 2004

Merges/Nelson 1990: Merges, Robert P. et Richard R. Nelson, "On the Complex Econo-mics of Patent Scope", (1990) 90 *Columbia Law Review* 839-916

Merges/Nelson 1992: Merges, Robert P. et Richard R. Nelson, "Rent Control in the Patent District", (1992) 78 *Virginia Law Review* 359

Merle 2003: Merle, Philippe, *Droit commercial: sociétés commerciales,* 9e éd., Dalloz, 2003, *spéc*

Merrill/Smith 2000: Merrill, Thomas W. et Henry E. Smith, "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle", (2000) 110 *Yale Law Journal* 1-70

Mertens de Wilmars 1972: Mertens de Wilmars, Josse, “De economische opvattingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen” [Les con-ceptions économiques dans la jurisprudence de la Cour des communautés européennes], dans Walter Jean Ganshof Van der Meersch (dir.), *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, Deel II,* Bruxelles, Bruylant, 1972, 285 (en néerlandais)

Meurer/Nard 2005: Meurer, Michael J. et Craig Allen Nard, “Invention, Refinement and Patent Claim Scope: A New Perspective on the Doctrine of Equivalents”, (2005) 93
Georgetown Law Journal 1947-2012

Micklethwait/Wooldridge 2003: Micklethwait, John et Adrian Wooldridge, *The Com-pany – A Short History of a Revolutionary Idea,* New York, Modern Library, 2003

Migué 1977: Migué, Jean-Luc, “Controls versus Subsidies in the Economic Theory of regulation”, (1977) 20 *Journal of Law and Economics* 213- 221

Migué 1977a: Migué, Jean-Luc, “Méthodologie économique et Économie non marchan-de”, (1977) 87/4 *Revue d’économie politique* 506-530

Migué 1979: Migué, Jean-Luc, *L’économiste et la chose publique,* Sillery, Québec, Les Presses de l’Universite du Québec, 1979

Migué 1979a: Migué, Jean-Luc, *Les nationalismes au Canada: perspective économique,* Mon-tréal, Institut de recherches C.D. Howe, 1979

Migué 1993: Migué, Jean-Luc, *Federalism and Free Trade,* London, Institute of Economic Affairs, 1993

Migué 1999: Migué, Jean-Luc, *Étatisme et déclin du Québec- Bilan de la révolution tranquille,* Montréal, Les Éditions Varia, 1999

Milgrom/Roberts 1997: Milgrom, Paul et John Roberts, *Économie, Organisation et Mana-gement,* Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1997

Mill 1848/1985: Mill, John Stuart, *Principles of Political Economy – with some of their appli-cations to social philosophy,* Harmondsworth, Penguin Books [1848], 1985

Mill 1859/1991: Mill, John Stuart, *On Liberty and Other Essays,* Oxford, Oxfrod University Press [1859], 1991

Ministre de la Justice 1993: *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec,* Québec, Publications du Québec, 1993

Minow/Monks 2001: Minow, Nell et Robert A.G. Monks, *Corporate Governance,* 2e éd., Oxford, Blackwell Business, 2001

Mintz 1997: Mintz, Jack M., “Policy Perspectives on Capital Market Issues”, dans Paul J.N. Halpern, *Financing Growth,* Calgary, University of Calgary Press, 1997, p. 729

Mirus 1984: Mirus, Rolf, “The Invisible Economy: Its Dimensions and Implications”, dans George Lerner (dir.), *Probing Leviathan -An Investigation of Government in the Economy,*
Vancouver, Fraser Institute, 1984, p. 112-125

Mirus/Smith 1981: Mirus, Rolf et Roger S. Smith, “Canada’s Irregular Economy”, (1981) 7 *Canadian Public Policy/Analyse de politiques* 444-453

Mitchell 1992: Mitchell, Lawrence E., “A Theoretical and Practical Framework for Enfor-cing Corporate Constituency Statutes”, (1992) 70 *Texas Law Review* 579

Mitchell 2001: Mitchell, Lawrence E., *Corporate Irresponsibility: America's Newest Export,* New Haven, Yale University Press, 2001

Mitchell 2003: Mitchell, Lawrence E., *La firme irresponsable,* Paris, Economica, 2003

Mitchell/Simmons 1994: Mitchell, William C. et Randy T. Simmons, *Beyond Politics – Markets, Welfare, and the Failure of Bureaucracy,* Boulder, Westview Press, 1994

Mokyr 1990: Mokyr, Joel, *The Lever of Riches – Technological Creativity and Economic Progress,* Oxford, Oxford University Press, 1990

Moore 2003: Moore, Benoît, "Les clauses abusives: dix ans après", (2003) 63 *Revue du Barreau du Québec* 61-101

Moore 2005: Moore, Kimberly A., "Worthless Patents", (2005) 20 (4) *Berkeley Technology Law Journal* 1521-1552; version préliminaire: [http://1aw. bepress.com/cgi/viewcontent. cgi? article=1025&context=gm ulwps]

Morek/Daniels 1995: Morek, Randall et Ronald J. Daniels, "Le défi posé par la régie des sociétés au Canada", dans Morek, Randall et Ronald J. Daniels (dir.), *La prise de décision dans les entreprises au Canada,* Calgary, University of Calgary Press, 1995

Morissette 2000: Morissette, Yves-Marie, "Presentation", dans Coase, Ronald H. (dir.), *Le coût du droit,* Paris, Presses Universitaires de France, 2000, p.7-22

Morrisset/Turgeon: Morisset, André et Jean Turgeon, *Droit corporatif canadien et québécois,* Farnham, CCH/FM Ltée, feuilles mobiles

Mossoff 2001: Mossoff, Adam, "Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History 1550-1800", (2001) 52 *Hastings Law Journal* 1255-1322

Mossoff 2003: Mossoff, Adam, "Is Copyright Property?", (2003) 42 *San Diego Law Review* 29-43; [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstrac_id=491466]

Mueller 1979: Mueller, Dennis c., *Public Choice,* Cambridge, Cambridge University Press, 1979; trad. fr.: Mueller, Dennis C. et Xavier Greffe, *Analyse des décisions politiques,* Paris, Economica, 1982

Mueller 1989: Mueller, Dennis C., *Public Choice II – A Revised Edition of Public Choice,* Cambridge, 2[e] éd., Cambridge University Press, 1989

Mueller 1997: Mueller, Dennis C. (dir.), *Perspectives on Public Choice – A Handbook,* Cam-bridge, Cambridge University Press, 1997

Mueller 2002: Mueller, Janice M., "Patent Misues Through the Capture of Industry Stan-dards", (2002) 17 *Berkeley Technology Law Journal;* [http://www. law.berkeley.edu/jour-nals/btlj/articles/vol17/index.htm]

Mueller 2003: Mueller, Dennis C., *Public Choice III,* 3[e] éd., Cambridge, Cambridge Uni-versity Press, 2003

Muir Watt 2001: Muir Watt, Horatia, "Law and Economics: quel apport pour le droit in-ternational privé?", dans Goubaux, Gilles, Yves Guyon et Christophe Jamin (dir.), *Études offertes à Jacques Ghestin: le contrat au début du XXI[e] siècle,* Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, p.685-702

Muir Watt 2002: Muir Watt, Horatia, "Les forces de resistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil", dans Deffains, Bruno (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil,* Paris, Cujas, 2002, p. 37-45

Muir Watt 2003: Muir Watt, Horatia, “Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé: La mondialisation entre illusion et utopie”, (2003) 47 *Archi-ves de philosophie du droit* 243-262

Munier 1974: Munier, Bertrand, *Introduction à la microéconomie,* Paris, Presses universitai-res de France, 1974,

Munzer 2005: Munzer, Stephen R., “The Commons and the Anticommons in the Law and Theory of Property”, dans Golding, Martin P. et William A. Edmundson (dir.), *The Blackwell Guide to the Philosopy of Law and Legal Theory,* Oxford, Blackwell, 2005, p. 148-162

Muris 1981: Muris, Timothy J., “Opportunistic Behavior and the Law of Contracts”, (1981) 65 *Minnesota Law Review* 521-590

Muris 1982: Muris, Timothy J., “Comment: The Costs of Freely Granting Specific Perfor-mance”, (1982) 1982 *Duke Law Journal* 1052-1069

Murray 1984: Murray, Charles, *Losing Ground – American Social Policy 1950-1980,* New York, Basic Books, 1984

Musy 1995: Musy, Alberto M., *Disclosure of Information in Pre-contractual Bargaining – a Comparative Analysis,* University of California at Berkeley LL.M thesis, 1995 [http://www. jus.unitn.it/cardozo/Review/Contract/Musy-1995/ musyl.htm]

Myers/Majluf 1984: Myers, S.M. & N.S. Majluf, “Corporate Financing and Investment Decisions When Firms Have Information That Investors Do Not Have”, (1984) 13 *Journal of Financial Economics* 187

Nagel 1989: Nagel, Bernhard, *Wirtschaftsrecht II – Eigentum, Delikt, Vertrag,* München, R. Oldenbourg Verlag, 1989

Nagel/Eder 2003: Nagel, Bernhard et Thomas Eger, *Wirtschaftsrecht II Eigentum, Delikt, Vertrag* [Droit de l’économie II – Propriété, responsabilité civile, contrat], 4^{e} éd., Mun-chen, R. Oldenbourg Verlag, 2002

Nard/Morriss 2004: Nard, Craig Allen et Andrew P. Morriss, *Constitutionalizing Pa-tents: From Venice to Philadelphia,* Case Legal Studies Research Paper N°. 04-12, 2004, à paraître (2006) 2 *Review of Law and Economics;* [http://papers.ssrn.com/sol3/papers. cfm?abstract_id=585661]

Naro 2004: Naro, G., “Responsabilité sociale de l’entreprise et pilotage des performan-ces”, dans *La responsabilité sociale de l’entreprise, Mélanges* R. *Pérez,* Éditions EMS, 2004, p. 60, *spéc.*

Nelson 1959: Nelson, Richard R., “The Simple Economics of Basic Scientific Research”, (1959) 67 *Journal of Political Economy* 297-306

Nelson 1970: Nelson, Philip, “Information and Consumer Behavior”, (1970) 78 *Journal of Political Economy* 311-329

Nelson 1974: Nelson, Philip, “Advertising as Information”, (1974) 82 *Journal of Political Economy* 729-754

Nelson 1994: Nelson, Richard R., “Intellectual Property Protection for Cumulative Sys-tems Technology”, (1994) 94 *Columbia Law Review* 2674-2677

Nelson 2005: Nelson, Richard R., “The Market Economy, and the Scientific Commons”, dans Frison-Roche, Marie-Anne et Alexandra Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété*

intellectuelle, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, p. 27-50 (aussi (2004) 33/3 *Research Policy* 455-474)

Neumann 1984: Neumann, Manfred (dir.), *Ansprüche, Eigentums – und Verfügungsrechte,* Berlin, Duncker & Humblot, 1984

Neumark/Wascher 2007: Neumark, David et William Wascher, *Minimum Wages and Em-ployment,* rapport, IZA Discussion Paper N°. 2570, 2007 [http:/ /ssrn.com/abstract=9613 74]

Newell/Simon 1972: Newell, Allan et Herbert A. Simon, *Human Problem Solving* – A new approach to the psychology of human problem solving based on detailed analyses of hu-man behavior and basic studies of the information processing systems, Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1972

Newell/Simon 1976: Newell, Allan et Herbert A. Simon, "Computer Science as Empiri-cal Inquiry: Symbols and Search", (1976) 19 *Communications of the ACM* 113-126

Newman 1998: Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* London, MacMillan, 1998 (3 tomes)

Nicholas 1987: Nicholas, Barry, "L'obligation precontractuelle de renseignements en droit anglais", dans Tallon/Harris 1987, p. 185-205

Nicholls 2007: Nicholls, Christopher c., *Mergers, Acquisitions and other Changes of Corpora-te Control,* Toronto, Irwin, 2007

Nicholson 1989: Nicholson, Michael, *Formal Theories in International Relations,* Cambrid-ge, Cambridge University Press, 1989

Nicholson 1992: Nicholson, Michael, *Rationality and the Analysis of International Conflict,* Cambridge, Cambridge University Press, 1992

Nielsen et al.: Nielsen, Jakob, PJ Schemenaur et Jonathan Fo, "*Writing for the Web"*, [http://www.sun.com/980713/webwriting]

Nimmer 2004: Nimmer, David, "Codifying Copyright Comprehensibly", (2004) 51 *UCLA Law Review* 1233-1387

Nisbett/Ross 1980: Nisbett, Richard et Lee Ross, *Human Inference: Strategies and Shortco-mings of Social Judgment,* Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1980

Niskanen 1971: Niskanen, William A., *Bureaucracy and Representative Government,* Chica-go, Aldine Press, 1971

Niskanen 1987: Niskanen, William A., "Bureaucracy", dans Charles K. Rowley (dir.), *Democracy and Public Choice – Essays in Honor of Gordon Tullock,* Oxford, Basil Blackwell, 1987, p. 135-140

Niskanen 1994: Niskanen Jr, William A., *Bureaucracy and Public Economics,* Aldershot, Edward Elgar, 1994

Nooteboom 2002: Nooteboom, Bart, *Trust – Forms, Foundations, Functions, Failures and Figures,* Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2002

North 1981: North, Douglass C., *Structure and Change in Economic History,* New York, W.W. Norton & Cy, 1981

North 1990: North, Douglass C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performan-ce,* Cambridge, Cambridge University Press, 1990

North 1999: North, Douglass C., *Understanding the Process of Economic Change,* London, Institute of Economic Affairs, 1999

North/Thomas 1973: North, Douglass C. et Robert Paul Thomas, *The Rise of the Western World – A New Economic History,* Cambridge, Cambridge University Press, 1973; (trad. fr. *L'essor de l'Occident,* Paris, Flammarion, 1990)

O'Driscoll/Rizzo 1985: O'Driscoll Jr, Gerald P. et Mario J. Rizzo, *The Economics of Time and Ignorance,* Oxford, Basil Blackwell, 1985

Oberholzer-Gee/Strumpf 2004: Oberholzer-Gee, Felix and Koleman Strumpf, *The Ef-fect of File Sharing on Record Sales – An Empirical Analysis,* rapport, 2004; [http://www.law.upenn.edu/polkldropbox/oberholzer.pdf]

Ogus 1986: Ogus, Anthony I., "The Trust as Governance Structure", (1986) 36 *University of Toronto Law Journal* 186-220

Ogus 1987: Ogus, Anthony I., "Les remedes – Rapport anglais", dans Tallon, Denis et Donald Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, p.299-319

Ogus 2006: Ogus, Anthony I., *Costs and Cautionary Tales: Economic Insights for the Law,* Oxford, Hart Publishing, 2006

Ogus/Faure 2002: Ogus, Anthony I. et Michael Faure, *Économie du droit: le cas français,* Paris, Éditions Panthéon Assas, 2002

Ogus/Veljanovski 1984: Ogus, A.I. et Cento G. Veljanovski (dir.), *Readings in the Econo-mics of Law and Regulation,* Oxford, Clarendon Press, 1984

Ohl 2003: Ohl, Daniel, *Droit des sociétés* cotées, Paris, Litec, 2003

Olson 1965: Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action – Public Goods and the Theory of Groups,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1965 (trad. fr.: *La logique de l'action collective,* Paris, Presses Universitaires de France, 1978)

Olson 1982: Olson, Mancur, *The Rise and Decline of Nations – Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities,* New Haven, Yale University Press, 1982 (trad. fr.: *Grandeur et decaden-ce des nations,* Paris, Bonnel, 1983)

Olson 1987: Olson, Mancur, *Logique de l'action collective,* 2e éd. Paris, P.U.F., 1987

Olson 1993: Olson, Mancur, "Dictatorship, Democracy and Development", (1993) 87 *American Political Science Review* 567-576; reproduit dans Olson, Mancur et Satu Kähköh-nen (dir.), *A Not-So Dismal Science. A Broader View of Economies and Societies,* Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 119-137

Olson 2000: Olson, Mancur, *Power and Prosperity – Outgrowing Communist and Capitalist Dictatorships,* New York, Basic Books, 2000

Opp 1983: Opp, Karl-Dieter, *Die Entstehung sozialer Normen,* Tübingen, J.C.B. Mohr, 1983

Opp 1991: Opp, Karl-Dieter, "Économie et sociologie: les fondements communs", (1991) 2 *Journal des économistes et des études humaines* 63-82

Oppenheimer [1880]/1997: Oppenheimer, Franz, *The State,* San Francisco, Fox & Wilkes [1880], 1997

O'Rourke 2007: O'Rourke, P.J., *On The Wealth of Nations – Adam Smith's Book that Shook the World,* Vancouver, Douglas& McIntyre, 2007

Orse 2007a: Orse, *Engagement des entreprises avec leurs parties prenantes,* 21 février 2007, [http://www.orse.org/site2/index.php?page=160]

Orse 2007b: Orse, *Négociation d'accords-cadres internationaux,* 21 février 2007, [http:// www.orse.org/site2/maj/phototheque/photos/engagemencpp/repertoire_ACI. pdf]

Orsi/Koriat 2005: Orsi, Fabienne et Benjamin Coriat, "Are "strong patents" beneficial to innovative activities? Lessons from the genetic testing for breast cancer controversies", (2005) 14 *Industrial and Corporate Change* 1205-1221

Orts 1998: Orts, Eric W., "Shirking and Sharking: A Legal Theory of the Firm", (1998) 16 *Yale Law & Pol. Rev.* 265

Ostrom 1990: Ostrom, Elinor, *Governing the Commons – The evolution of institutions for col-lective action,* Cambridge, Cambridge University Press, 1990

Ostrom 1992: Ostrom, Elinor, *Crafting Institutions for Self-Governing Irrigation Systems,* San Francisco, Institute for Contemporary Studies Press, 1992

Ostrom 1994: Ostrom, Elinor, Roy Gardner et James Walker, *Rules, Games and Common Pool Resources,* Ann Arbor, University of Michigan Press, 1994

Ostrom 2002: Ostrom, Elinor, Thomas Dietz *et at.* (dir.), *The Drama of the Commons,* Wa-shington, DC, National Academy Press, 2002

Ott/Schäfer 1989: Ott, Claus et Hans-Bernd Schäfer (dir.), *Allokationseffizienz in der Re-chtsordnung,* Berlin, Springer-Verlag, 1989

Ourliac/De Malafosse 1968: Ourliac, Paul et J. De Malafosse, *Histoire du droit privé,* vol. III, "Le droit familial", Paris, Presses Universitaires de France, 1968

Ourliac/De Malafosse 1969: Oudiac, Paul et J. De Malafosse, *Histoire du droit privé,* vol. 1, "Les obligations", 2[e] éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1969

Oye 1986: Oye, Kenneth, "Explaining Cooperation under Anarchy – Strategies and Hypotheses", dans Oye, Kenneth (dir.), *Cooperation under Anarchy,* Princeton, Princeton University Press, 1986

Paillusseau 1967: Paillusseau, Jean, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entre-prise,* Paris Sirey, 1967

Paillusseau 1999a: Paillusseau, Jean, "Le big bang du droit des affaires à la fin du xx[e] siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires)", *Dalloz.* 1999. chr.333-346

Paillusseau 1999b: Paillusseau, Jean, «Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports?", *Dalloz.* 1999, N°. 15, 15 avril 1999, p. 157-166

Palda 1998: Palda, Filip, "6. La politique de main-d' ceuvre et de l'emploi", dans Bou-cher, Michel (dir.), *Évaluation de la performance du gouvernement du parti québécois,* 1994-1998, Vancouver, Fraser Institute, 1998 [http:// www.fraserinstitute.ca/publications/ books/que_eval/main-doeuvre.html]

Palmer 1979: Palmer, Geoffrey, *Compensation for Incapacity: A Study of Law and Social Chan-ge in* New *Zealand and Australia,* Wellington, Oxford University Press, 1979

Parchomovsky 2004: Parchomovsky, Gideon, "Selling Mayberry: Communities and Indi-viduals in Law and Economics", (2004) 92 *California Law Review* 75-146

Pardolesi/Tassone 2003: Pardolesi, Roberto et B. Tassone, *I giudici e l'analisi economica del diritto privato,* Bologna, Edizioni del Mulino, 2003

Paredes 2004: Paredes, Troy A., "The Firm and the Nature of Control: Toward a Theory of Takeover Law", (2004) 29 *Journal of Corporation Law* 103

Parfit 1986: Parfit, Derek, Prudence, "Morality, and the Prisoner's Dilemma", dans Jon Elster (dir.), *Rational Choice,* New York, New York University Press, 1986, p. 34-59

Parisi 1999: Parisi, Francesco, "Coase Theorem and Transaction Cost Economics in the Law", dans Backhaus, Jürgen G. (dir.), *The Elgar Companion to Law and Economics,* Alder-shot, UK, Edward Elgar, 1999, p. 7-39

Parisi 2004: Parisi, Francesco, "The Origins and Evolution of Property Right Systems", dans Colombatto, Enrico (dir.), *Elgar Companion to the Economics of Property Rights,* Alder-shot, UK, Edward Elgar, 2004, p. 64-84

Parisi 2004a: Parisi, Francesco, "The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic Analysis", (2004) 52 *American Journal of Comparative Law* 403-432; [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=276993]

Pearson 1997: Pearson, Heath, *Origins of Law and Economics – The Economists'* New *Science of Law, 1830-1930,* Cambridge, Cambridge University Press, 1997

Pédamon 2000: Pédamon, Michel, *Droit commercial: commerrants et fonds de commerce, con-currence et contrats du commerce,* 2[6] éd., Paris, Dalloz, 2000

Peitz/Waelbroeck 2004: Peitz, Martin et Patrick Waelbroeck, "The Effect of Internet Piracy on Music Sales: Cross-Section Evidence", (2004) 1 *Review of Economic Research on Copyright Issues* 71-79 [http://www.serci.org/docs_ 1_2/waelbroeck. pdt]

Peitz/Waelbroeck 2005: Peitz, Martin et Patrick Waelbroeck, *File-Sharing, Sampling, and Music Distribution,* rapport, International University in Germany, School of Business Administration, Working Paper 26/2004, 2005 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers. cfm?abstrac_id=652743]

Penrose 1951: Edith Penrose, *The Economics of the International Patent System,* Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1951

Penrose 1959: Penrose, Edith T., *The Theory of the Growth of the Firm,* Oxford, Basil Bla-ckwell, 1959

Pestieau 1984: Pestieau, Joseph, *Guerre et paix sans État – Anarchie et ordre coutumier,* Mon-tréal, I'Hexagone, 1984

Pestieau 1989: Pestieau, Pierre, *L'économie souterraine,* Paris, Hachette, 1989 **Peyrefitte**

1995: Peyrefitte, Alain, *La société de confiance,* Paris, Odile Jacob, 1995

Pfeffer/Salanick 1978: Pfeffer, Jeffrey and Gerald R. Salancik, *The external Control of the Organizations,* New York, Harpers and Row, 1978

Pfister 2005: Pfister, Laurent, "La propriété intellectuelle est-elle une propriete? Con-troverses sur la nature du droit d'auteur au XIX[e] siècle", (2005) *205 Revue internationale du droit d' auteur* 117-209

Phillips 2003: Phillips, R., *Stakeholder Theory and Organizational Ethics,* San Francisco, BK Publishers, 2003

Pigou 1932: Pigou, Arthur C., *The Economics of Welfare,* 4e éd., London, Macmillan, 1932, [http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW.html]

Pineau/Burman 1988: Pineau, Jean et Danielle Burman, *Théorie des obligations,* 26 éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988

Pineau/Gaudet 2001: Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obliga-tions,* 46 éd., par J. Pineau et S. Gaudet, Montreal, Éditions Thémis, 2001

Plott/Zeiler 2004: Plott, Charles R. et Kathryn Zeiler, "The Willingness to Pay/Willing-ness to Accept Gap, the Endowment Effect, Subject Misconceptions and Experimental Procedures for Eliciting Valuations", (2005) 95 *American Economic Review* 530-545 [http:// www.atypon-link.com/AEAP/doi/pdf/ 10.1257/0002828054201387]

Plumb [1965]/1988: Plumb, J.H., "Introduction", dans C.R. Boxer (dir.), *The Dutch sea-borne empire 1600-1800,* Harmondsworth, Penguin Books [1965], 1988

Polanyi et al. 1957: Polanyi, Karl, Conrad M. Arensberg et Harry W. Pearson (dir.), *Trade & Market in Early Empires,* Chicago, Henry Regnery Cy, 1957

Polinsky/Shavell 1998: Polinsky, A. Mitchell et Steven Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", (1998) III

Popovici 1995a: Popovici, Adrian, *La couleur du mandat,* Montréal, Éditions Themis, 1995

Popovici 1995b: Popovici, Adrian, "Les avant-contrats", (1995) 1 *Cours de Perfectionne-ment du Notariat* 131-192

Popovici 1997: Popovici, Adrian, "La poule et l'homme: sur l'article 976 c.c.Q.", (1997) 99 *Revue du Notariat* 214-255

Popper 1963: Popper, Karl, *Conjectures and Refutations – The Growth of Scientific Knowledge,* New York, Harper Torch Books, 1963

Portalis [1801]/1989: Portalis, Jean-Étienne-Marie, Tronchet et al., "Discours prélimi-naire au projet de Code Civil [1801]", dans Portalis, J.-É.M. Portalis (dir.), *Discours et rapports sur le Code Civil,* Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1989, p. 1-62 [http://www.justice.gc.ca/fr/ps/ inter 1 code/index.html]

Portes et al. 1989: Portes, Alejandro, Manuel Castells et Lauren A. Benton (dir.), *The informal economy – Studies in Advanced and Less Developed Countries,* Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1989

Posner 1972: Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law,* Boston, Little, Brown and Cy, 1972

Posner 1977: Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law,* 2e éd., Boston, Little, Brown and Cy, 1977

Posner 1977a: Posner, Richard A., "Gratuitous Promises in Economics and Law», (1977) 6 *Journal of Legal Studies* 411-426

Posner 1981a: Posner, Richard A., "A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law», (1981) 9 *Hofstra Law Review* 775-794

Posner 1981b: Posner, Richard A., *The Economics of Justice,* Cambridge, MA, Harvard Uni-versity Press, 1981

Posner 1986: Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law,* 3e éd., Boston, Little, Brown and Cy, 1986

Posner 1987: Posner, Richard A., “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, (1987) 100 *Harvard Law Review* 761-780

Posner 1988: Posner, Richard A., *Law and Literature – A Misunderstood Relation,* Cambrid-ge, MA, Harvard U.P., 1988

Posner 1990a: Posner, Richard A., *Cardozo – A Study in Reputation,* Chicago, University of Chicago Press, 1990

Posner 1990b: Posner, Richard A., *Problems of Jurisprudence,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1990

Posner 1992a: Posner, Richard A., *Sex and Reason,* Cambridge, Harvard University Press, 1992

Posner 1992b: Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law,* 4e éd., Boston, Little, Brown and Cy, 1992

Posner 1993: Posner, Richard A., “Law As Politics: Horwitz on American Law, 1870-1960”, (1993) 6 *Critical Review* 559-574

Posner 1995a: Posner, Richard A., *Aging and Old Age,* Chicago, University of Chicago Press, 1995

Posner 1995b: Posner, Richard A., *Overcoming Law,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1995

Posner 1996a: Posner, Richard A., *Law and Legal Theory in England and America,* Oxford, Clarendon Press, 1996

Posner 1996b: Posner, Richard A., *The Federal Courts: Challenge and Reform,* 2e éd., Cam-bridge, MA, Harvard University Press, 1996

Posner 1998: Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law,* 5e éd., New York, Aspen Law & Business, 1998

Posner 1998a: Posner, Richard A., “Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law”, (1998) 50 *Stanford Law Review* 1551-1575, reproduit avec modifications comme le chap. 8 de Posner 2001

Posner 1999: Posner, Richard A., *The Problematics of Moral and Legal Theory,* Cambridge, MA, Belknap Press, 1999

Posner 1999a: Posner, Richard A., *Natural Monopoly and Its Regulation,* Washington DC, Cato Institute, 1999

Posner 2000: Posner, Eric A., *Law and Social Norms,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 2000

Posner 2000a: Posner, Richard A., *Antitrust in the* New *Economy,* University of Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper no 106 (2d series), 2000 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstracCid=249316]

Posner 2001: Posner, Richard A., *Frontiers of Legal Theory,* Cambridge, MA, Harvard Uni-versity Press, 2001

Posner 2002: Posner, Richard A., “The Law & Economics of Intellectual Property”, (2002) 131 *Daedalus* 5-12 [http://www.amacad.org/publications/ spring2002/ spring-2002cover. pdf]

Posner 2003: Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law,* 6e éd., New York, Aspen Law & Business, 2003

Posner 2003a: Posner, Richard A., "How Long Should a Copyright Last?", (2003) 50 *Journal of the Copyright Society of the USA* 1-14

Posner 2007: Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law,* 7e éd., New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2007

Posner/Parisi 1997: Posner, Richard A. et Francesco Parisi (dir.), *Law and Economics – Vol.* 1 *Theoretical and Methodological Issues; Vol.* 2 *Contracts, torts and Criminal Law,* vol. 3, "Other Areas in Private and Public Law", Cheltenham, Edward Elgar, 1997

Posner/Rosenfield 1977: Posner, Richard A. et Andrew M. Rosenfield, "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law An Economic Analysis", (1977) 6 *Journal of Legal Studies* 83-118

Posner/Scott 1980: Posner, Richard A. et Kenneth E. Scott (dir.), *Economics of Corpora-tion Law and Securities Regulation,* Boston, MA, Little, Brown and Cy, 1980

Posner/Silbaugh 1996: Posner, Richard A. et Katharine B. Silbaugh, *A Guide to America's Sex Laws,* Chicago, University of Chicago Press, 1996

Poundstone 1992: Poundstone, William, *Prisoner's dilemma – John von Neumann, Game Theory, and the Puzzle of the Bomb,* New York, Doubleday, 1992

Prentice 1989: Prentice, Robert *A.,* "Front-End Loaded, Two-Tiered Tender Offers: An Examination of the Counterproductive Effects of a Mighty Offensive Weapon", (1989) 39 *Case Western Reserve* 389

Pesqueux 2002: Pesqueux, Yvon., *Organisations: modèles et représentations,* Paris, P.U.F., 2002, *spéc.* p.139

Priest 1978: Priest, George L., "Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach", (1978) 91 *Har-vard Law Review* 960-1001

Priest 1981: Priest, George L., "A Theory of Consumer Product Warranty", (1981) 90 *Yale Law Journal* 1297-1352

Priest 1994: Priest, George L., "The Ambiguous Moral Foundation of the Underground Economy", (1994) 103 *Yale Law Journal* 2259-2288

Putterman 1986: Putterman, Louis (dir.), *The Economic Nature of the Firm – A reader,* Cam-bridge, Cambridge University Press, 1986

Rabut 1983: Rabut, Albert, *Le droit des bourses de valeurs et des agents de change,* Paris, Litec, 1983

Radin 1986: Radin, Margaret Jane, "Residential Rent Control", (1986) 15 *Philosophy and Public Affairs* 350-380

Radin 1987: Radin, Margaret Jane, "Market-Inalienability", (1987) 100 *Harvard Law Re-view* 1849-1937

Radin 1993: Radin, Margaret Jane, *Reinterpreting Property,* Chicago, University of Chicago Press, 1993

Radin 1995: Radin, Margaret Jane, "What, if Anything, Is Wrong with Baby Selling?", (1995) 26 *Pacific Law Journal* 135-145

Radin 1996: Radin, Margaret Jane, *Contested Commodities,* Cambridge, MA, Harvard Uni-versity Press, 1996

Radin 2005: Radin, Margaret Jane et Madhavi Sunder, "The Subject and Object of Com-modification", dans Ertman, Martha M. et Joan C. Williams (dir.), *Rethinking Commodifi-cation: Cases and Readings in Law & Culture,* New York, New York University Press, 2005 (repr. http://papers.ssrn.com/ paper. taf?abstracCid=582641)

Radnitzky/Bernholtz 1987: Radnitzky, Gerard et Peter Bernholz (dir.), *Economic Imperia-lism – The Economic Method Applied Outside the Field of Economics,* New York, Paragon House, 1987

Rajan et Zingales 1996: *Power in a Theory of the Firm,* University of Chicago, 1996 (en ligne à http://papers.ssrn.com/so13/papers.cfm?abstracCid=2091)

Rajan et Zingales 2000: Rajan, Raghuram G. et Luigi Zingales, "The Governance of the New Enterprise", dans Vives, Xavier (dir.), *Corporate Governance – Theoretical & Empirical Perspectives,* Cambridge, Cambridge University Press, 2000

Rajan/Zingales 1998: Rajan, Raghuram et Luigi Zingales, "Financial Dependence and Growth", (1998) 88 *American Economic Review* 559-586

Rajan/Zingales 2003: Rajan, Raghuram et Luigi Zingales, "The Great Reversals: The Politics of Financial Development in the 20th Century", (2003) 69: 5 *Journal of Financial Economics* 5-50

Rajan/Zingales 2004: Rajan, Raghuram G. et Luigi Zingales, *Saving Capitalism from the Capitalists – Unleashing the Power of Financial Markets to Create Wealth and Spread Opportunity,* Princeton, Princeton University Press, 2004

Ramello 2005: Ramello, Giovanni B., "Intellectual Property and the Markets of Ideas", dans Backhaus, Jürgen G. (dir.), *The Elgar Companion to Law and Economics,* 2e éd., Alder-shot, UK, Edward Elgar, 2005, p. 127-144

Ramsay 1998: Ramsay, Iain, "Models of Corporate Regulation: The Mandatory/Enabling Debate", dans Grantham, Ross et Charles Rickett (dir.), *Corporate Personality in the 20th Century,* Oxford, Hart Publishing, 1998

Ranieri 1988: Ranieri, F., "Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law", [1988] *Revue internationale de droit comparé* 1055-1092

Ranouil l980: Ranouil, Véronique, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un con-cept,* Paris, Presses universitaires de France, 1980

Rao/Lee 1995: Rao, P.Someshwar et Clifton R. Lee-Sing, "Les structures de régie, la prise de décision et Ie rendement des entreprises en Amérique du Nord", dans Daniels, Ronald J. et Randall Morck (dir.), *La prise de décision dans les entreprises au Canada,* Calgary, University of Calgary Press, 1995, p. 53

Rasmusen 2004: Rasmusen, Eric, "Agency Law and Contract Formation", (2004) 6 *Ame-rican Law and Economics Review* 369-409

Raustiala/Sprigman 2006: Raustiala, Kal et Chris Sprigman, *The Piracy Paradox: Inno-vation and Intellectual Property in Fashion Design,* rapport, University of Virginia John M. Olin *Program in Law and Economics Working Paper Series 29*, 2006 [http://law.bepress.com/ uvalwps/olin/art29]

Rawls 1971: Rawls, John, *A Theory of Justice,* Cambridge, MA, Belknap Press, 1971 (éd. fr. *Une théorie de la justice,* Paris, Seuil, 1987)

Rea 1984: Rea, Samuel A., "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Dama-ges", (1984) 13 *Journal of Legal Studies* 147

Rea 1993: Rea, Samuel A., "The Economics of Insurance", (1993) 13 *International Review of Law and Economics* 145-162

Rea 1998: Rea, Samuel A., "Insurance Law", dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* Vol. 2, London, MacMillan, 1998, p. 342-348

Reichman 2000: Reichman, Jerome H., "Of Green Tulips and Legal Kudzu: Repackaging Rights in Subpatentable Innovation", (2000) 53 *Vanderbilt Law Review* 1743-1798

Rémy 1986: Rémy, Philippe, "Les civilistes français vont-ils disparaitre?", (1986) 32 *McGill Law Journal* 152-158

Remy 1991: Remy, Philippe, "Philosophie du droit civil positif", dans Guy Planty-Bon-jour et Raymond Legeais (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale,* Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 145-160

Renooy 1990: Renooy, Piet H., *The Informal Economy – Meaning, Measurement and Social Significance,* Université d'Amsterdam, 1990

Rhoads 1985: Rhoads, Steven E., *The Economist's View of the World Government, Markets,* & *Public Policy,* Cambridge, Cambridge University Press, 1985

Rials 1986: Rials, Stéphane, *Destin du federalisme,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986

Ribert 1951: Ripert, Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne,* 2e éd., Paris, Li-brairie générale de droit et de jurisprudence, 1951

Ribstein 1993: Ribstein, Larry E., "The Mandatory Nature of the ALl Code", (1993) 61 *George Washington Law Review* 984

Ricketts 1998: Ricketts, Martin, "Bargaining with Regulators", dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* Vol. 1, London, MacMillan, 1998, 149-153

Ridley 1997: Ridley, Matt, *The Origins of Virtue* – Human Instincts and the Evolution of Cooperation, New York, Viking Press, 1997

Riker 1990: Riker, William H., "Political science and rational choice", dans Alt, Janes E. et Kenneth A. Shepsle (dir.), *Perspectives on Positive Political Economy,* Cambridge, Cambri-dge University Press, 1990, p. 163-181

Riley 1987: Riley, John G., "Signalling", dans Eatwell, John, Murray Milgate et Peter Newman (dir.), *The New Palgrave – Allocation, Information and Markets,* London, MacMillan Press, 1987, p. 287-294

Rioux 1991: Rioux, Claude G., "Description et legalite de certaines mesures defensives au Canada" dans Crete, Raymonde (dir.), *Les mesures défensives en matière d'offres publiques d'achat au Canada,* Cowansville, Éditions Yvons Blais, 1991

Ripert 1949: Ripert, Georges, *La règIe morale dans les obligations civiles,* 4e éd., Paris, Li-brairie generale de droit et de jurisprudence, 1949

Ripert/Roblot 2002: Ripert, G. et R. Roblot, *Traité de droit commercial: les sociétés com-merciales,* t. 1, vol. 2, 18e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, *spéc.* p. 369

Rob/Waldfogel 2004: Rob, Rafael et Joel Waldfogel, "Piracy on the High C's: Music Downloading, Sales Displacement, and Social Welfare in a Sample of College Students", (2006) 49 *Journal of Law and Economics* 29-62; [http://www.law. upenn.edu/polkldropbox/ waldfogel.pdf]

Roberts 2004: Roberts, John, *The Modern Firm,* Oxford, Oxford University Press, 2004.

Rock 1990: Rock, Edward B., "The Logic and (Uncertain) Significance of Institutional Shareholder Activism", (1990-91) 79 *Georgetown Law Journal* 445

Rock/Watcher 2001: Rock, Edward B. et Michael 1. Wachter, "Islands of Conscious Power: Law, Norms, and the Self-Governing Corporation". (2001) 149 *University of Pen-nsylvania Law Review* 1619

Rockoff 1993: Rockoff, Hugh, "Price Controls", dans Henderson, David R. (dir.), *The Fortune Encyclopedia of Economics,* New York, Warner Books, 1993, p. 416-420

Rodier 1985: Rodier, A.R., "Prospectus Disclosure Under the Proposed Securities Act in Ontario: Problems in a Changing Environment", (1985) 23 *University of Western Ontario Law Review* 21

Roe 2006: Roe, Mark J., "Legal Origins and Modern Stock Markets", (2006) 120 *Harvard Law Review* 460

Roll 1977: Roll, Richard, "A Critique of the Asset Pricing Theory's Tests: Part I: On Past and Potential Testability of the Theory", (1977) 4 *Journal of Financial Economics* 129-176

Rolland 1996: Rolland, Louise, "La bonne foi dans Ie Code civil du Québec: du general au particulier", (1996) 26 *Revue de droit de I'Université de Sherbrooke* 378-399

Rolland 1999: Rolland, Louise, "Les figures contemporaines du contrat et Ie Code civil du Québec", (1999) 44 *McGill Law Journal* 903-952

Romano 1989: Romano, Roberta, "Answering the Wrong Question: The Teneous Case for Mandatory Corporate Law", (1989) 89 *Columbia Law Review* 1599

Romano 1993: Romano, Roberta, *The Genius of American Corporate Law,* Washington, AEI Press, 1993

Romano 2004: Romano, Roberta, *The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance,* Center for Law, Economics and Public Policy, Research Paper 297, 2004

Romano 2005: Romano, Roberta, *After the Revolution in Corporate Law,* Yale Law and Eco-nomics Research Paper N°. 323, 2005

Rosa/Aftalion 1977: Rosa, Jean-Jacques et Florin Aftalion (dir.), *L'économie retrouvée – Vieilles critiques et nouvelles méthodes,* Paris, Economica, 1977

Rose 1986: Rose, Carol M., "The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property", (1986) 53 *University of Chicago Law Review* 711-781

Rose 1993: Rose, Mark, *Authors and Owners – The Invention of Copyright,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1993

Rose 1995: Rose, Lance, "The Emperor's Clothes Still Fit Just Fine – Or, copyright is dead; Long live copyright", (1995) 3.02 *Wired* 103-106

Rose 2002: Rose, Carol M., "Common Property, Regulatory Property, and Environmen-tal Protection: Comparing Community-Based Management to Tradable Environmental Allowances", dans Ostrom 2002, p. 233-257

Rose 2003: Rose, Carol M., “Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Pu-blic Property in the Information Age”, (2003) 66 *Law and Contemporary Problems* 89-110

Rose 2005: Rose(C.), Carol Marguerite, “Whither Commodification?”, dans Ertman, Martha M. et Joan C. Williams (dir.), *Rethinking Commodification*: *Cases and Reading in Law and Culture,* New York, New York University Press, 2005 [http://papers.ssrn.com/paper. taf?abstracCid=706644]

Rose-Ackerman 1985: Rose-Ackerman, Susan, “Inalienability and the theory of property rights”, (1985) 85 *Columbia Law Review* 931-968 (trad. fr.: Rose-Ackerman 1987)

Rose-Ackerman 1987: Rose-Ackerman, Susan, “L'inalienabilité et la théorie des droits de proprieté (analyse économique)”, (1987) 87 *Droit prospectif* 533 (traduction de Rose -Ackerman 1985)

Rosenberg/Birdzell 1986: Rosenberg, Nathan et L.E. Birdzell Jr, *How the West Grew Rich – The Economic Transformation of the Industrial World,* New York, Basic Books, 1986 (trad. fr: *Comment l'occident s'est enrichi,* Paris, Fayard, 1989)

Ross 1973: Ross, Stephen A., “The Economic Theory of Agency: The Principal's Pro-blem”, (1973) 63 *American Economic Review* 134

Rothbard 1977: Rothbard, Murray N., *Power and Market – Government and the Economy,* Kansas City, Sheed Andrews and McMeel, 1977

Roubier 1952: Paul Roubier, *Le droit de* la *proprieté industrielle,* Dalloz, 1952

Rousseau 1999: Rousseau, Stéphane, “Immunité des actionnaires et levée du voile cor-poratif: perspectives de l' analyse économique du droit”, (1999) *78 Revue du Barreau ca-nadien* 1

Rousseau 2000: Rousseau, Stephane, “The Future of Capital Formation for Small and Medium-Sized Enterprises: Rethinking Initial Public Offering Regulation Following the Restructuration of Canadian Stock Exchanges”, (2000) 34 *Revue juridique Thémis* 661

Rousseau 2001: Rousseau, Stephane, “The Future of Capital Formation for Small and Medium-Sized Enterprises: Rethinking Initial Public Offering Regulation Following the Restructuration of Canadian Stock Exchanges”, (2000) 34 *Revue juridique Thémis* 661-760

Rousseau 2002: Rousseau, Stéphane, “Les valeurs mobilieres sur Internet au regard du droit québecois”, dans Gautrais, Vincent (dir.), *Droit du commerce électronique,* Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 213-260

Rousseau 2003: Rousseau, Stéphane, “Canadian Corporate Governance Reform: In Sear-ch for a Regulatory Role for Corporate Law”, dans Sarra, J. (dir.), *Global Capital Markets, Merging and Emerging Boards: Current Issues in Corporate Governance,* Vancouver, UBC Press, 2003

Rousseau 2003b: Rousseau, Stéphane, “The Duties of Directors of Financially-Distres-sed Corporations: A Québec Perspective on the Peoples Case”, (2003) 39 *Canadian Busi-ness Law Journal* 368

Rousseau 2004: Rousseau, Stéphane, “Le role des tribunaux et du conseil d'adminis-tration dans la gouvernance des societes ouvertes: réflexions sur la règle du jugement d'affaires”, (2004) 45 *Cahiers de droit* 469

Rousseau 2005: Rousseau, Stéphane, “Le devoir de prudence et diligence des adminis-trateurs de sociétés par actions: droit et économie”, (2005) 73 *Assurances et gestion des risques* 255-293

Rousseau 2006: Rousseau, Stéphane, “Enhancing the Accountability of Credit Rating Agencies: The Case for a Disclosure-based Model”, (2006) 51 McGill *L. J.* 617-664

Rousseau 2006a: Rousseau, Stéphane, *Droit des societés par actions au Québec* – Corporate Law in Québec, Toronto, Lexis Nexis, 2006

Rousseau/Smaïli 2006: Rousseau, Stéphane et Nadia Smaïli, “La ‘lévee du voile corpo-ratif’ en vertu du Code civil du Québec: des perspectives théoriques et empiriques à la lumiere de dix annees de jurisprudence”, (2006) 47 *Cahiers de droit* 815

Rowley 1989: Rowley, Charles K., “Public Choice and the Economic Analysis of Law”, dans Mercuro, Nicholas (dir.), *Law and Economics,* Boston, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 123-173

Rowley 1992: Rowley, Charles K., *The Right to Justice* – The Political Economy of Legal Services in the United States, Hants, England, Edward Elgar, 1992

Rowley 1994: Rowley, Charles K., “Public Choice Economics”, dans Boettke, Peter J. (dir.), *The Elgar Companion to Austrian Economics,* Hants, Edward Elgar, 1994,285-293

Rowley et al. 1988: Rowley, Charles K., Robert D. Tollison et Gordon Tullock (dir.), *The Political Economy of Rent-Seeking,* Boston, Kluwer, 1988

Roy 1995: Roy, Pauline, *Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalori-sation de la responsabilité civile,* Montréal, thèse de doctorat, Universite de Montréal, 1995

Royer 2005: Royer, Guillaume, *L’analyse économique et le droit criminel – Une approche juridi-que,* Paris, Éditions Manuscrit Université, 2005

Rubin 1993: Rubin, Paul H., *Tort Reform by Contract,* Washington, D.C., AEI Press, 1993

Rubin 1995: Rubin, Paul H., “What Do Economists Think about Antitrust?: A Random Walk Down Pennsylvania Avenue”, dans McChesney, Fred S. et William F. Shughart II (dir.), *The Causes and Consequences of Antitrust – The Public-Choice Perspective,* Chicago, Uni-versity of Chicago Press, 1995, p. 33-61

Rudden 1985: Rudden, Bernard, “Le juste et l’inefficace: pour un nondevoir de renseig-nements”, (1985) 84 *Revue trimestrielle de droit civil* 91-103

Rudden 1987: Rudden, Bernard, “Economic Theoryv. Property Law: The *Numerus Clausus* Problem”, dans Eekelaar, John et John Bell (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence,* 3rd series, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 239-263

Rudden/Juilhard 1986: Rudden, Bernard et Philippe Juilhard, “Théorie de la violation efficace”, (1986) 38 *Revue internationale de droit comparé* 1015-1041

Russell 1979: Russell, Bertrand, *History of Western Philosophy,* London, Unwin Paperback, 1979

Sag 2006: Sag, Matthew J., *Beyond Abstraction: The Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency,* rapport, Northwestern Law & Econ Research Paper N°. 91660, 2006; à paraître dans (81) *Tulane Law Review* [http://papers.ssrn.com/ sol3/papers. cfm?abstraccid=916603]

Sagot-Duvauroux 2002: Sagot-Duvauroux, Dominique, “La proprieté intellectuelle, c’est Ie vol”, dans Sagot-Duvauroux, D. (dir.), *Les majorats littéraires: la propriété intellec-tuelle, c’est le vol – Un choix de contributions au débat sur Ie droit d’ auteur au milieu du* XIX” *siècle,* Paris, Presses du Réel, 2002, p. 1-17 [http://www.freescape.eu.org/biblio/IMG/ pdf/majorats.pdf]

Sakakibara/Branstetter 2001: Sakakibara, Mariko et Lee Branstetter, "Do Stronger Patents Induce More Innovation? Evidence from 1988 Japanese Patent Law Reforms", (2001) 32 *Rand Journal of Economics* 77-100

Salanié 1997: Salanié, Bernard, *The Economics of Contracts – A Primer,* Cambridge, MA, MIT Press, 1997; (version antérieure moins élaborée: *Théorie des contrats*, Paris, Econo-mica 1994)

Salin 1990: Salin, Pascal, *La vérité sur la monnaie,* Paris, Éditions Odile Jacob,1990 **Salin 1995:**

Salin, Pascal, *La concurrence,* Paris, Presses Universitaires de France, 1995

Samuels 1976: Samuels, Warren J. (dir.), *The Chicago School of Political Economy,* East Lan-sing, Mich., Association of Evolutionary Economics and Michigan State University, 1976

Samuels 1998a: Samuels, Warren J. (dir.), *Law and Economics: The Early Journal Literature,* London, Pickering & Chatto Ltd, 1998

Samuels 1998b: Samuels, Warren J. (dir.), *European Economists of the Early 20th Century; v.* 1: *Studies of Neglected Thinkers of Belgium, France, the Netherlands,* Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1998

Samuelson [1947]/1967: Samuelson, Paul A., *Foundations of Economic Analysis,* New York, Atheneum [1947], 1967

Samuelson [1954]/1988: Samuelson, Paul A., "The Pure Theory of Public Expendi-ture", dans Cowen, Tyler (dir.), *The Theory of Market Failure,* Fairfax, VA, George Mason University Press, 1988, p. 29-33; paru à l'origine dans: (1954) 36 *Review of Economics and Statistics* 387-389

Samuelson 1996: Samuelson, Pamela, "The Copyright Grab", (1996) 4 *Wired* 134-138, 188,190-191

Samuelson 2003: Samuelson, Pamela, "Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities", (2003) 66 *Law and Contemporary Problems* 147-171

Samuelson 2004: Samuelson, Pamela, "Should Economics Play a Role in Copyright Law and Policy?", (2004) 1 *University of Ottawa Law & Technology Journal* 1-21

Santagata 1998: Santagata, Walter, "Proprieté intellectuelle, biens culturels et connais-sance non cumulative", (1998) 88/89 *Réseaux* [http://www.enssib.fr/autres-sites/reseau-x-cnet/88-89/sommai88-89.html]

Sauvy 1977: Sauvy, Alfred, *Coût et valeur de la vie humaine,* Paris, Hermann, 1977

Sauvy 1984: Sauvy, Alfred, *Le travail noir* & l'*economie de demain,* Paris, Calmann-Levy, 1984

Savatier 1951: Savatier, René, *Traité de la responsabilité civile en droit franrais civil, adminis-tratif, professionnel procédural,* 2e éd., t. 1, Paris, Librairie génerale de droit et de jurispru-dence, 1951

Saxenian 1994: Saxenian, Annalee, *Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route* 128, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1994

Saxenian 2006: Saxenian, Annalee, *The New Argonauts: Regional Advantage in a Global Eco-nomy,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 2006

Schäfer 1984: Schäfer, Wolf (dir.), *Schattenökonomie – Theoretische Grundlagen und wirts-chaftspolitische Konsequenzen,* Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1984

Schäfer/Ott 1986: Schäfer, Hans-Bernd et Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* [Traité d'analyse économique du droit civil], Berlin, Springer-Verlag, 1986 (2e éd.)

Schäfer/Ott 2000: Schäfer, Hans-Bernd et Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* [*Traité d' analyse économique du droit civil*], 3e éd., Berlin, Springer-Verlag, 2000

Schäfer/Ott 2004: Schäfer, Hans-Bernd et Claus Ott, *Economic Analysis of Civil Law,* Chel-tenham, Edward Elgar, 2004

Schäfer/Ott 2005: Schäfer, Hans-Bernd et Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts,* 4e éd., Berlin, Springer-Verlag, 2005

Schanze 1993: Schanze, Erich, "Symbiotic Arrangements", (1993) 149 *Journal of Institu-tional and Theoretical Economics/ Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft* 691-697

Schanze 1998: Schanze, Erich, "Symbiotic Arrangements", dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 3, London, MacMillan, 1998, p. 554-559

Schelling [1960]/1980: Schelling, Thomas C., *The Strategy of Conflict,* London, Oxford, 1980

Schelling 1978: Schelling, Thomas C., *Micromotives and Macrobehavior,* New York, Norton, 1978 (trad. fr. *La tyrannie des petites décisions,* Paris, Presses Universitaires de France, 1980)

Schelling 1980: Schelling, Thomas C., *La tyrannie des petites décisions,* Paris, Presses Universitaires de France, 1980

Schelling 1984: Schelling, Thomas c., *Choice and Consequence,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1984

Schelling 2006: Schelling, Thomas C., *Strategies of Commitment and Other Essays,* Cambri-dge, MA, Harvard University Press, 2006

Scheppele 1988: Scheppele, Kim Lane, *Legal Secrets – Equality and Efficiency in the Common Law,* Chicago, University of Chicago Press, 1988

Scherer 2001: Scherer, F.M., "The Innovation Lottery", dans Cooper Dreyfuss, Rochelle, Diane Leenheer Zimmerman et Harry First (dir.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society,* Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 3-21

Scherer 2003: Scherer, F.M., *The Economics of Compulsory Drug Patent Licensing,* rapport pour la Banque Mondiale, 2003; [http://wblnOOI8.worldbank.org/HDNet/HDdocs.nsf/c840b59b6982d2498525670c004def60/2adc484a5d57888f85256d350054080f?OpenDo-cument]

Scherer 2004a: Scherer, F.M., "A Note on Global Welfare in Pharmaceutical Patenting", (2004) 27 *The World Economy* 1127-1142; version préliminaire: [http://ssrn.com/abs-tract=568264]; [http://www.phil.frb.org/files/wps/ 2003/wp03-11.pdf]

Scherer 2004b: Scherer, F.M., *Quarter Notes and Bank Notes. The Economics of Music Composition in the Eighteenth and Nineteenth Centuries,* Princeton, Princeton University Press, 2004

Schlicht 1985: Schlicht, Ekkehart, "The Shadow Economy and Morals: A Note", dans Gaertner, Wulf et Alois Wenig (dir.), *The Economics of the Shadow Economy,* Berlin, Springer-Verlag, 1985, p. 265-271

Schmidt 1995: Schmidt, D., “De l’intérêt social”, *R.D.B.,* 1995, no 50, p. 130

Schmidtz 1991: Schmidtz, David, *The Limits of Government – An Essay on the Public Goods Argument,* Boulder, CO, Westview Press, 1991

Schneider 2002: Schneider, Friedrich, *The Size and Development of the Shadow Economies of* 22 *Transition and* 21 *OECD Countries,* rapport, University of Linz, 2002; [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstracCid=320083]

Schneider 2006: Schneider, Friedrich, *Shadow Economies and Corruption All Over the World: What Do We Really Know?,* rapport, IZA Discussion Paper N°. 2315, 2006 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.efm?abstracCid =936127]

Schneider/Enste 2000: Schneider, Friedrich et Dominik Enste, “Shadow Economies: Size, Causes, and Consequences”, (2000) 38 *Journal of Economic Literature* 77-114;

Schneider/Klingmair 2004: Schneider, Friedrich et Robert Klingmair, *Shadow Economies Around the World: What Do We Know?,* rapport, Paper ID: IZA Discussion Paper N°. 1043, 2004 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=518526]

Scholastique 1998: Scholastique, E., *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés (droits français et anglais),* Paris, Libriarie générale de droit et de jurisprudence, 1998

Scholastique 2005: Scholastique, E., “L’administrateur indépendant, quelle independan-ce?”, *J.C.P.*E., Cahier de droit de l’entreprise, septembre-octobre 2005

Schoordijk 2003: Schoordijk, H.C.F., *De privaatrechtelijke rechtscultuur van de twintigste eeuw in context* [La culture du droit prive du vingtième siècle en contexte], Amsterdam, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen,2003

Schotter 1981: Schotter, Andrew, *The Economic Theory of Social Institutions,* Cambridge, Cambridge University Press, 1981

Schotter 1986: Schotter, Andrew, “The Evolution of Rules”, dans Langlois, Richard N. (dir.), *Economics as a Process – Essays in the New Institutional Economics,* Cambridge, Cambri-dge University Press, 1986, p. 117-133

Schüller 1983: Schüller, Alfred (dir.), *Property Rights und ökonomische Theorie,* München, Verlag Franz Vahlen, 1983

Schulte 1988: Shulte, David J., “The Debatable Case for Securities Disclosure Regula-tion”, (1988) 14 *Journal of Corporation Law 535*

Schumpeter [1942]/1976: Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy,*
3e éd., New York, Harper & Row [1942], 1976

Schumpeter 1950: Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy,* New York, Harper Torchbooks [1942], 1950

Schübler 1990: Schübler, Rudolf, *Kooperation unter Egoisten: Vier Dilemmata,* München, R. Oldenbourg Verlag, 1990

Schwartz 1979: Schwartz, Alan, “The Case for Specific Performance”, (1979) 89 *Yale Law Journal* 271-306

Schwartz 1991: Schwartz, Gary T., “The Myth of the Ford Pinto Case”, (1991) 43 *Rutgers Law Review* 1031-1068

Schwartz 1998: Schwartz, Alan, “Incomplete Contracts”, dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 2, London, MacMillan, 1998, p. 277-283

Schwartz/Wilde 1979: Schwartz, Alan et Louis 1. Wilde, “Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis”, (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review* 630-682

Scotchmer 1991: Scotchmer, Suzanne, “Standing on the Shoulders of Giants: Cumulati-ve Research and the Patent Law”, (1991) 5 *Journal of Economic Perspectives* 29-41

Scott 2000: Scott, Robert E., “The Case for Formalism in Relational Contract”, (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 847-876

Scott/Scott 1998: Scott, Elizabeth S. et Robert E. Scott, “Marriage as Relational Con-tract”, (1998) 84 *Virginia Law Review* 1225-1334

Sealy 1996: Sealy, Len, “Perception and Policy in Company Law Reform”, dans Feldman, David et Franklin Meisel (dir.), *Corporate and Commercial Law,* Londre, Lloyd’s of London Press, 1996, p. 11

Sefton-Green 2005: Sefton-Green, Ruth, “Duties to Inform versus Party Autonomy: Reversing the Paradigm (from Free Consent to Informed Consent)? – A Comparative Account of French and English Law”, dans Howells, Geraint G., Andre Janssen et Reiner Schultze (dir.), *Information Rights and Obligations: A Challenge for Party Autonomy and Tran-sactional Fairness,* Aldershot, Ashgate, 2005, p. 171-188

Seignette 1994: Seignette, Jacqueline M.B., *Challenges to the Creator Doctrine – Authorship, copyright ownership and the exploitation of creative work in the Netherlands, Germany and the United States,* Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994

Seldon 1998: Seldon, Arthur, *The Dilemma of Democracy – The Political Economics of Over-Government,* London, Institute of Economic Affairs, 1998

Seligman 1983: Seligman, Joel, “The Historical Need for a Mandatory Corporate Disclo-sure System”, (1983) 9 *Journal of Corporation Law* 1

Sennholz 1984: Sennholz, Hans F., *The Underground Economy,* Auburn, AL, The Ludwig von Mises Institute of Auburn University, 1984

Sfez 2004: Sfez, Lucien, *La décision,* 4e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2004

Shapiro 2000: Shapiro, Fred R., “The Most-Cited Legal Scholars”, (2000) 29 *Journal of Legal Studies* 409-425

Shapiro 2001: Shapiro, Carl, “Navigating the Patent Thicket: Cross licenses, Patent Po-ols, and Standard-Setting”, dans Jaffe, Adam B. (dir.), *Innovation Policy and the Economy,* vol. 1, Cambridge, MA, MIT Press, 2001, p. 119-150 [http://faculty.haas.berkeley.edu/ shapiro/thicket.pdf]

Shapiro/Varian 1998: Shapiro Carl et Hal R. Varian, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy,* Cambridge, MA, Harvard Business School Press, 1998

Sharpe 1964: Sharpe, William, “Capital Asset Prices: A Theory of Market Equilibrium Under Conditions of Risk”, (1964) 19 *Journal of Finance* 425-442

Shavell 1987: Shavell, Steven, *Economic Analysis of Accident Law,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1987

Shavell 1998: Shavell, Steven, “Contracts”, dans Newman, Peter (dir.), *The new Palgrave Dictionnary of Economics and the law,* Londres, MacMillan, 1998

Shavell 2004: Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law,* Cambridge, MA, Harvard University Press (Belknap Press), 2004

Sherman/Bently 1999: Sherman, Brad et Lionel Bently, *The Making of Modern Intellectual Property Law – The British Experience*, 1760-1911, Cambridge, Cambridge University Press, 1999

Shiller 2000: Shiller, Robert J., *Irrational Exuberance,* Princeton, Princeton University Press, 2000

Shleifer/Vishny 1998: Shleifer, Andrei et Robert Vishny, *The Grabbing Hand: Government Pathologies and their Cures,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1998

Shogren et al.1994: Shogren, Jason, Seung Y. Shin, Dermot J. Hayes et James B. Klie-benstein, “Resolving Differences in Willingness to Pay and Willingness to Accept”, (1994) 84 *American Economic Review* 255-270

Shotland, 1967: Shotland, Robert A., “Unsafe at any Price: A Reply to Manne, Insider Trading and the Stock Market”, (1967) 53 *Virginia Law Review* 1425-1478

Shughart II/Tollison 1985: Shughart II, William F. et Robert D. Tollison, “The Positive Economics of Antitrust Policy: A Survey Article”, (1985) 5 *International Review of Law and Economics* 39-57

Shughart/Razzolini 2001: Shughart II, William F. et Laura Razzolini (dir.), *The Elgar Companion to Public Choice,* Cheltenham, Edward Elgar, 2001

Siddeley 1992: Siddeley, Leslie, “The Rise and Fall of Fraternal Insurance Organiza-tions”, (1992) 7/3 *Humane Studies Review* 13-16

Sidgwick 1901: Sidgwick, Henry, *The Principles of Political Economy,* 3e éd., London, Ma-cmillan, 1901

Siegan 2001: Siegan, Bernard H., *Property Rights: From Magna Carta to the Fourteenth Amendment,* New Brunswick, NJ, Transaction Publishers, 2001

Simmel [1900]/1990: Simmel, Georg, *The Philosophy of Money,* 2e éd., London, Routle-dge [1900] 1990

Simmonds 1990: Simmonds, Ralph 1., “The Juridical Personality in Canada: The Case of Corporation” dans XIIIième Congrès international de droit comparé, *La personne morale – The Juridical Personality,* vol. I.B.2, Montréal, Université McGill, 1990

Simon 1957: Simon, Herbert A., *Models of Man,* New York, Wiley, 1957

Simon 1959: Simon, Herbert A., “Theories of decision-making in economics and beha-vioral science”, (1959) 49 *American Economic Review* 253-283

Simon 1961: Simon, Herbert A., *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Proces-ses in Administrative Organization,* 2e éd., New York, Free Press, 1961

Simon 1970: Simon, Julian L., “An Almost Practical Solution to Airline Overbooking”, (1970) 4 *Journal of Transport Economics and Policy* 201-202

Simon 1977: Simon, Herbert A., “The logic of heuristic decision making”, dans Simon, H. A. (dir.), *Models of Discovery,* Dordrecht, D. Reidel Publishing, 1977, p. 154-175

Simon 1978: Simon, Herbert A., “On How to Decide What to Do”, (1978) 9 *Bell Journal of Economics* 494-507

Simon 1981: Simon, Herbert A., “The Architecture of Complexity”, dans Simon, H. A. (dir.), *The Sciences of the Artificial,* 2e éd., Cambridge, MA, MIT Press, 1981, p. 193-229

Simon 1983: Simon, Herbert A., *Reason in Human Affairs,* Stanford, Stanford University Press, 1983

Simon 1986a: Simon, Herbert A., “Rationality in Psychology and Economics”, dans Ho-garth, Robin M. et Melvin W. Reder (dir.), *Rational Choice The Contrast between Economics and Psychology,* Chicago, University of Chicago Press, 1986, p. 25-40

Simon 1986b: Simon, Herbert A., “Theories of bounded rationality”, dans McGuire, C.B. et Roy Radner (dir.), *Decision and Organization,* Minneapolis, University of Minnesota Press, 1986, p. 161-176

Simon 1989: Simon, Caroll J., “The Effect of the 1933 Securities Act on Investor Infor-mation and the Performance of New Issues”, (1989) 79 *American Economic Review* 295

Simon 1992: Simon, Patrick, *La main invisible et le droit,* Paris, Les belles lettres, 1992

Simon 1994a: Simon, Julian L., “Origins of the Airline Oversales Auction System”, (1994) 2 *Regulation* 48-52

Simon 1994b: Simon, Julian L., “The Airline Oversales Auction Plan: the Results”, (1994) 28 *Journal of Transport Economics and Policy* 319-323

Simon 1995: Simon, Julian L. (dir.), *The State of Humanity,* Oxford, Blackwell,1995

Simon/Visvabharathy 1977: Simon, Julian L. et Ganesan Visvabharathy,” The Auction Solution to Airline Overbooking: The Data Fit the Theory”, (1977) 11 *Journal of Transport Economics and Policy* 277-283

Simonnot 2003: Simonnot, Philippe, *L’invention de I’État – Économie du Droit,* Paris, Belles lettres, 2003

Simonnot 2004: Simonnot, Philippe, *Les personnes et les choses – Économie du Droit/2,* Paris, Belles lettres, 2004

Simonnot 2005: Simonnot, Philippe, *Les logiciels sont brevetables par nature,* Paris, Observa-toire Économique du Droit (UVSQ), 2005; [http://www.cne. org/pub_pdf/2005_05_00_ Simonnoc White_Paper_FR.pdf]

Smart 1996: Smart, Michael, *On Limited Liability and the Development of Capital Markets: An Historical Analysis,* Document de travail, Department of Economics, University of Toronto, 1996 [en ligne: http://repec.economics.utoronto.ca/files/UT–ECIPA-MSMART-96-02. pdf]

Smith [1776]/1937: Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations,* New York, The Modern Library [1776] 1937

Smith [1790]/1982: Smith, Adam, *The Theory of Moral Sentiments,* Indianapolis, Liberty-Classics [1790] 1982

Smith 1991: Smith, Adam, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations,* Paris, Flammarion, 1991

Smith 1998: Smith, D. Gordon, “The Shareholder Primacy Norm», (1998) 23 *Journal of Corporation Law* 277

Smith 2004: Smith, Stephen A., *Contract Theory,* Oxford, Oxford University Press, 2004

Smith Barrett 1974: Smith Barrett, Nancy, *The Theory of Microeconomic Policy,* Lexington, MA, D. C. Heath and Cy, 1974

Smith/Renaud 1974: Smith, James et Yvon Renaud, *Droit des corporations commerciales,* vol. I, Montréal, Judico, 1974

Snidal 1986: Snidal, Duncan, "The Game Theory of International Politics", dans Oye, Kenneth A. (dir.), *Cooperation under Anarchy,* Princeton, Princeton University Press, 1986, p. 25-57

Sobel 1995: Sobel, Dava, *Longitude – The True Story of a Lone Genius Who Solved the Greatest Scientific Problem of His Time,* New York, Penguin Books, 1995

Solvason 1992: Solvason, Birgir T. Runólfsson, "Ordered Anarchy: Evolution of the De-centralized Legal Order in the Icelandic Commonwealth", (1992) 3 *Journal des Économistes et des Études Humaines* 333-351

Solvason 1993: Solvason, Birgir T. Runólfsson, "Institutional Evolution in the Icelandic Commonwealth", (1993) 4 *Constitutional Political Economy* 97-125

Sowell 1980: Sowell, Thomas, *Knowledge & Decisions,* New York, Basic Books, 1980

Sowell 1984: Sowell, Thomas, *Civil Rights: Rhetoric or Reality,* New York, William Mor-row, 1984

Speidel 2000: Speidel, Richard E., "The Characteristics and Challenges of Relational Contracts", (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 823-846

Spence 1973: Spence, A. Michael, *Market Signalling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1973

Spence 1974: Spence, A. Michael, *Market Signaling: Informational Transfer in Hiring and Related Screening Processes,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1973

Stearns 1997: Stearns, Maxwell L. (dir.), *Public Choice and Public Law Readings and Com-mentary,* Cincinnati, Anderson Publishing Co., 1997

Steele 2005: Steele, Alexandra, "Teléchargement non autorisé d'oeuvres musicales: tel pourra étre pris qui croyait prendre", (2005) 17 *Cahiers de propriêté intellectuelle* 725-734

Stein 1990: Stein, Arthur A., *Why Nations Cooperate – Circumstance and Choice in Internatio-nal Relations,* Ithaca, Cornell University Press, 1990

Stephen 1988: Stephen, Frank H., *The Economics of the Law,* Ames, Iowa State University Press, 1988

Stem 1993: Stem, Y.Z., "Acquisition of Corporate Control by Numerous Privately Nego-tiated Transactions: A proposal for the Resolution of Street Sweeps", (1993) 58 *Brooklyn Law Review* 1195

Stem et al. 1989: Stem, Paul C., Robert Axelrod et al. (dir.), *Perspectives on Deterrence,* Oxford, Oxford University Press; 1989

Stigler 1964: Stigler, George, "Public Regulation of the Securities Markets", (1964) 37 *Journal of Business* 117

Stigler 1966: Stigler, George J, *The Theory of Price,* 3e éd., New York, Mac-millan, 1966

Stigler 1975: Stigler, George J. (dir.), *The Citizen and the State – Essays on Regulation,* Chi-cago, University of Chicago Press, 1975

Stout 2001: Stout, Lynn A., "Bad and not-so-bad Arguments for Shareholder primacy", (2001-2002) 75 *California Law Review* 1189, *spéc.*

Stout 2002: Stout, Lynn A., *The Mechanisms of Market Inefficiency: An Introduction to the New Finance,* UCLA School of Law, Law & Econ. Research Paper N°. 03-23, 2002

Stroup 1995: Stroup, Richard L., "The Use of Knowledge in Environmental Policy", dans Mackaay, Ejan et Hélène Trudeau (dir.), *L'environnement – À quel prix*?, Montréal, Éditions Themis, 1995, p. 401-433

Strowel 1987: Strowel, Alain," Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et Posner", (1987) 18 *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques 1*-45

Subramanian 2003: Subramanian, Guhan, "Bargaining in the Shadow of Takeover De-fenses", (2003) 113 *Yale Law Journal*

Sugden 1986: Sugden, Robert, *The Economics of Rights, Co-operation & Welfare,* Oxford, Basil Blackwell, 1986

Sugden 1989: Sugden, Robert, "Spontaneous order", (1989) 3 *Journal of Economic Pers-pectives* 85-97

Sugden 1995: Sugden, Robert, "A Theory of Focal Points", (1995) 105 *Economic Journal* 533-550

Sugden 1998a: Sugden, Robert," Conventions", dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 1, London, MacMillan, 1998, p. 453-460

Sugden 1998b: Sugden, Robert, "Spontaneous Order", dans Newman, Peter (dir.), *The New Pal grave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 3, London, MacMillan, 1998, p. 485-495

Sugg/Kreuter 1995: Sugg, Ike C. et Urs P. Kreuter, *Elephants and Ivory: Lessons from the Trade Ban,* London, Institute of Economics Affairs, 1995

Sunstein 1997: Sunstein, Cass R., "Behavioral Analysis of Law", (1997) 64 *University of Chicago Law Review* 1175

Sunstein 2000: Sunstein, Cass R. (dir.), *Behavioral Law and Economics,* Cambridge, Cam-bridge University Press, 2000

Surowiecki 2005: Surowiecki, James, "Blackberry Picking", (2005) *The New Yorker Ma-gazine* (numéro du 26/12/2005 au 2/1/2006) [http://www.newyorker. com/printables/ talkl051226ta_talk_surowiecki]

Tabarrok 2002: Tabarrok, Alexander, "Patent Theory versus Patent Law", (2002) 1 *Con-tributions to Economic Analysis and Policy* 1-24 [http://www.bepress.comlbejeap]

Taleb 2004: Taleb, Nassim Nicholas, *Fooled by randomness – The Hidden Role of Chance in Life and in the Markets,* 2e éd., London, PenguinBooks, 2004

Tallon/Harris 1987: Tallon, Denis et Donald Harris, *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987 (version fran-çaise de Harris, Donald et Denis Tallon (dir.), *Contract Law Today: Anglo-French Compari-sons,* 2e éd., Oxford [1987], Clarendon Press, 1991

Tanzi 1982: Tanzi, Vito (dir.), *The Underground Economy in the United States and Abroad,* Lexington, MA, Lexington Books, 1982

Taylor 1982: Taylor, Michael, *Community, Anarchy* & *Liberty,* Cambridge, Cambridge U.P., 1982

Taylor 1987: Taylor, Michael, *The Possibility of Co-operation,* Cambridge, Cambridge Uni-versity Press, 1987

Taylor 1990: Taylor, Michael, "Cooperation and Rationality: Notes on the Collective Ac-tions Problem and its Solutions", dans Cook, Karen S. et Margaret Levi (dir.), *The Limits of Rationality,* Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. 222-240

Tchotourian 2007: Tchotourian, Ivan, "La "bonne nouvelle" de l'adoption de la directive sur les droits des actionnaires des societes cotees", D. 2007.1716

Teijl/Holzhauer 1997: Teijl, Rob et Rudi W. Holzhauer, *Wisselende perspectieven in de re-chtseconomie* [Perspectives variables dans I'analyse économique du droit], Arnhem, Gouda Quint, 1997

Temple 2005: Temple, H., "Class action et économie de marche", J.C.P.G. 2005.I.Act. no 284

Tetley 2002: Tetley, William, *International Maritime and Admiralty Law,* Cowansville, Qué-bec, Éditions Yvon Blais, 2002

Tetley 2003: Tedey, William, "General Average Now and in the Future", dans *Liber Ami-corum R. Roland,* Larcier, Bruxelles, 2003

Thaler 1986: Thaler, Richard H., "The Psychology and Economics of the Conference Handbook: Comments on Simon, on Einhorn and Hogarth, and on Tversky and Kahne-man", dans Hogarth, Robin M. et Melvin W. Reder (dir.), *Rational Choice – The Contrast between Economics and Psychology,* Chicago, University of Chicago Press, 1986, p. 95-100

Thaler/Sunstein 2003: Thaler, Richard H. et Cass R. Sunstein, "Libertarian Paterna-lism", (2003) 93 *American Economic Review* 175-179

Theriault 1999: Theriault, Michelle, "Un débiteur qui exploite une entreprise peut-il bénéficier de la disposition relative à I'insaisissabilité prévue au Code de procédure civi-le?", dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial* (1998), Cowansville, Éditions Yvon Blais

Thibaut et al. 1974: Thibaut, John, Laurens Walker, S. Latour et P. Houlden, "Procedural Justice as Fairness", (1974) 26 *Stanford Law Review* 1271-1289

Thibaut/Walker 1975: Thibaut, John et Laurens Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis,* Hillsdale, NJ, Lawrence Erlbaum Associates, 1975

Thibaut/Walker 1978: Thibaut, John et Laurens Walker, "A Theory of Procedure", (1978) 66 *California Law Review* 541-566

Thierer/Crews 2002: Thierer, Adam D. et Wayne Crews jr. (dir.), *Copy Fights: The Future of Intellectural Property in the Information Age,* Washington, DC, Cato Institute, 2002

Thompson 1989: Thompson, Robert B., "Piercing the Corporate Veil: An Empirical Stu-dy", (1989) 76 *Cornell Law Review* 1036

Thornton 1991: Thornton, Mark, *The Economics of Prohibition,* Salt Lake City, University of Utah Press, 1991

Tiebout 1956: Tiebout, Charles M., "A Pure Theory of Local Government Expenditures", (1956) 64 *Journal of Political Economy* 416-424; repr. dans Cowen, Tyler (dir.), *The Theory of Market Failure,* Fairfax, VA, George Mason University Press, 1988, p. 179-191

Tilly 1985: Tilly, Charles, "War Making and State Making as Organized Crime", dans Evans, Peter B., Dietrich Rueschenmeyer et Theda Skocpol (dir.), *Bringing the State Back In,* Cambridge, Cambridge University Press, 1985, p. 169-191

Tirole 2003a: Tirole, Jean, "Protection de la proprieté intellectuelle: une introduction et quelques pistes de réflexion", dans Tirole, Jean, Claude Henry et autres (dir.), *Proprieté intellectuelle: rapports,* Paris, Documentation française, 2003, p. 9-47

Tirole 2005: Tirole, Jean, "Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles?", dans Frison-Roche, Marie-Anne et Alexandra Abello (dir.), *Droit et économie de la proprieté intel-lectuelle,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005, p. 3-13

Tirole/Henry 2003: Tirole, Jean, Claude Henry et al., *Proprieté intellectuelle,* Paris, Docu-mentation française, 2003 [http://www.freescape.eu.org/ biblio/IMG/pdf/rapport_cae_ 41. pdf]

Tollison 1982: Tollison, Robert D., "Rent-Seeking: A Survey", (1982) 35 *Kyklos* 575-602

Tollison 1997: Tollison, Robert D., "Rent Seeking", dans Mueller, Dennis C. (dir.), *Pers-pectives on Public Choice – A Handbook,* Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 506-525

Tollison 1998: Tollison, Robert D., "Rent Seeking", dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 3, London, MacMillan, 1998, p. 315-322

Tollison/Congleton 1995: Tollison, Robert D. et Roger D. Congleton (dir.), *Economic Analysis of Rent Seeking,* Aldershot, UK, Edward Elgar, 1995

Travaux Capitant 1992: *La bonne foi, Travaux de I'Association Henri Capitant,* Tome XLIII, Paris, Litec, 1992

Trebilcock 1976: Trebilcock, Michael J., "The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords", (1976) 26 *University of Toronto Law Journal* 359-385

Trebilcock 1993: Trebilcock, Michael J., *The Limits of Freedom of Contract,* Cambridge, MA, Harvard University Press, 1993

Trebilcock et al. 1978: Trebilcock, Michael J., Leonard Waverman et J. Robert S. Pri-chard, "Markets for Regulation: Implications for Performance Standards and Institutional Design", dans Ontario Economic Council (dir.), *Government Regulation,* Toronto, Ontario Economic Council, 1978, p. 11-66

Trebilcock et al. 1982: Trebilcock, Michael J., Douglas G. Hartle, J. Robert Prichard et Donald N. Dewees, *The Choice of Governing Instrument,* Ottawa, Canadian Government Publication Centre, 1982

Trebilcock et al. 2000: Trebilcock, Michael J., Ron Daniels and Malcolm Thorburn, "Go-vernment by Voucher", (2000) 80 *Boston University Law Review* 205-232

Trebilcock/Dewees 1981: Trebilcock, Michael J. et Donald N. Dewees, "Judicial Control of Standard Form Contracts", dans Burrows, Paul et Cento G. Veljanovski (dir.), *The Eco-nomic Approach to Law,* London, Butterworths, 1981, p. 93-119

Trébulle 2002: Trébulle, François G., *L'emission de valeurs mobilieres,* Paris, Économica, 2002

Trébulle 2006: Trébulle, F.G., "Stakeholders Theory et droit des societes", *Bull. Joly,* 2006, N° 123, p. 1337

Trémolières 2000: Trémolières, R., "Le modele individualise du management", dans *Clés pour le siècle: droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion,* Paris, Dalloz, 2000, p. 1779

Triantis 2000: Triantis, George G., "Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Con-tracts", dans Bouckaert/De Geest 2000, vol. III, "The Regulation of Contracts", p. 100-116

Trogler/Schneider 2007: Trogler, Benno et Friedrich Schneider, *Shadow Economy, Tax Morale, Governance and Institutional Quality: A Panel Analysis,* rapport, IZA Discussion Paper N°. 256, 2007 [http://papers.ssrn.com/ sol3/papers.cfm?abstract_id=960012]

Tsebelis 1990: Tsebelis, George, *Nested Games – Rational Choice in Comparative Politics,* Berkeley, University of California Press, 1990

TSX 1994: Toronto Stock Exchange Committee On Corporate Governance In Canada, *Where Were The Directors? – Guidelines for Improved Corporate Governance in Canada,* Toronto, 1994

Tullock 1967: Tullock, Gordon, "The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft", (1967) 5 *Western Economic Journal* 224-232

Tullock 1971: Tullock, Gordon, *The Logic of the Law,* New York, Basic Books, 1971

Tullock 1986: Tullock, Gordon, *The Economics of Wealth and Poverty,* New York, New York University Press, 1986

Tullock 1993: Tullock, Gordon, "Rent Seeking", dans Rowley, Charles K. (dir.), *Property Rights and the Limits of Democracy – The Shaftesbury Papers,* Aldershot, Hants, UK, Edward Elgar, 1993, p. 98

Tunc 1989: Tunc, Andre, *La responsabilité civile,* 2e ed., Paris, Economica, 1989

Tversky/Kahneman 1981: Tversky, Amos et Daniel Kahneman, "The Framing of Deci-sions and the Psychology of Choice", (1981) 211 *Science* 453

Tversky/Kahneman 1982: Tversky, Amos et Daniel Kahneman, "Availability: A Heuris-tic for Judging Frequency and Probability", dans Kahneman, Daniel, Paul Slovic et Amos Tversky (dir.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases,* Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 163-208

Tversky/Kahneman 1986: Tversky, Amos et Daniel Kahneman, "Rational Choice and the Framing of Decisions", dans Hogarth, Robin M. et Melvin W. Reder (dir.), *Ratio-nal Choice – The Contrast between Economics and Psychology,* Chicago, University of Chicago Press, 1986, p. 67-94

Twining 1973: Twining, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement,* London, Wei-denfeld & Nicholson, 1973

Udehn 1996: Udehn, Lars, *The Limits of Public Choice – A Sociological Critique of the Econo-mic Theory of Politics,* London, Routledge, 1996

Ulen 1984: Ulen, Thomas S., "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", (1984) 83 *Michigan Law Review* 341-403

Ulen 1989: Ulen, Thomas S., "Cognitive Imperfections in the Economic Analysis of Law", (1989) 12 *Hamline Law Review* 385-410

Ulen 1998: Ulen, Thomas S., Specific Performance, dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 3, London, MacMillan, 1998, p. 481-485

Ullmann-Margalit 1977: Ullmann-Margalit, Edna, *The Emergence of Norms,* Oxford, Cla-rendon Press, 1977

Ullmann- Margalit 1978: Ullmann-Margalit, Edna, "Invisible Hand Explanations", (1978) 39 *Synthese* 263-291

Umbeck 1977: Umbeck, John R., "A Theory of Contract Choice and the California Gold Rush", (1977) 20 *Journal of Law and Economics* 421-437

Umbeck 1981a: Umbeck, John R., "Might Makes Right: A Theory of the Foundation and Initial Distribution of Property Rights", (1981) 19 *Economic Inquiry 38-59*

Umbeck 1981b: Umbeck, John R., *A Theory of Property Rights with Application to the Cali-fornia Gold Rush,* Ames, Iowa State University Press, 1981

Vachon 1997: Vachon, Patrice, *La vente d'entreprises,* Montreal, Wilson & Lafleur, 1997

ValkonenlWhite 2006: Valkonen, Sami et Lawrence J. White, *An Economic Model for the Incentive/Access Paradigm of Copyright Propertization*: *An Argument in Support of the Proposed New* §514 *to the Copyright Act,* New York University Law and Economics Working Papers 2006, n° 50, 2006 [http:// lsr .nellco.org/nyu/lewp/papersl/50/]

Vallée/Mackaay 2006: Vallée, Pierre-Hugues et Ejan Mackaay, "La confiance – sa nature et son rôle dans le commerce électronique", (2006) 11/ *2 Lex Electronica* [http://www. lex-electronica.org/articles/v11-2/vallee_ mackaay.htm]

Van Creveld 1999: Van Creveld, Martin, *The Rise and Decline of the State,* Cambridge, Cambridge University Press, 1999

Van Dam 1989: Van Dam, c.c., *Zorgvuldigheidsnormen en aansprakelijkheid – een rechtsverge-lijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnormen bij de aansprake-lijkheid voor letsel – en zaakschade* [Normes de prudence et responsabilite – Une etude comparative de la place, du contenu et de la fonction des normes de prudence dans la responsabilite pour blessures et dommage materiel], Deventer, Kluwer, 1989

Van den Hauwe 2000: Van den Hauwe, Ludwig, "Public Choice, Constitutional Pouti-cal Economy, and Law and Economics", dans Bouckaert, Boudewijn et Gerrit De Geest (dir.), *Encyclopedia of Law & Economics,* vol. 1, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 603-659 (http://allserv.rug.ac.be/-gde geest/0610art.htm)

Van Ommeslaghe 1987: Van Ommeslaghe, Pierre, "L'exécution de bonne foi, principe general?", [1987] *Revue générale de droit civil* 101-102

Vanberg 1988: Vanberg, Viktor J., "Rules and Choice in Economics and Sociology", (1988) 7 *Jahrbuch für Neue Politische Okonomie* 1-22

Vanneste 2004: Vanneste, S., Alain Van Hiel *et al., From " tragedy" to "disaster"*: *Wel-fare effects of commons and anticommons dilemmas,* rapport, 2004, [http://ssrn.com/ abstracCid=548622]

Varian et al. 2004: Varian, Hal R., Joseph Farrell et Carl Shapiro, *The Economics of Infor-mation Technology: An Introduction,* Cambridge, Cambridge University Press, 2004

Vaver 1997: Vaver, David, *Intellectual Property Law,* Concord, Ont., Irwin Law, 1997

Vaver 2002: Vaver, David, "Need Intellectual Property Be Everywhere? Against Ubiquity and Uniformity", (2002) 25 *Dalhousie Law Journal* 1-26

Vaver 2006: Vaver, David, *Does the Public Understand Intellectual Property Law? Do Lawyers*?, rapport, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series Working Paper N°. 23/2006, 2006 [http://papers. ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstraccid=902793]

Veljanovski 1980: Veljanovski, Cento G., "The Economic Approach to Law – A Critical Introduction", (1980) 7 *British Journal of Law & Society* 158-193

Veljanovski 1982: Veljanovski, Cento G., *The New Law-and-Economics – A Research Review,* Oxford, Centre for Socio-Legal Studies, 1982

Veljanovski 1985: Veljanovski, Cento G., "Organized Futures Contracting", (1985) 5 *International Review of Law and Economics 25-38*

Vermette 1999: Vermette, Nathaly J., *Les noms de domaine dans l'univers des marques de com-merce,* mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Montreal, 1999

Vermette 2001: Vermette, Nathaly J., "Origines du droit canadien des marques de com-merce", (2001) 14 *Cahiers de propriété intellectuelle* 433-494 [http://www.robic.ca/cpi/ Cahiers/14-l/cpi14-1.pdf]

Viandier 1978: Viandier, Alain, *La notion d'associé,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978, *spéc.* p. 135

Villey 1984: Villey, Michel, *Philosophie du droit,* 2e éd., Paris, Dalloz (2 tomes), 1984

Viney 1995: Viney, Geneviêve, *Introduction à la responsabilité,* 2e éd., Paris, Librairie gé-nérale de droit et de jurisprudence, 1995

Viney 1998: Viney, Genevieve, "L'avenir des régimes d'indemnisation sans egard à la responsabilité", (1998) 39 *Cahiers de Droit* 287-302

Viney/Jourdain 1998: Viney, Geneviève et Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsa-bilité,* 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1998

Viscusi 1998: Viscusi, W. Kip, *Rational Risk Policy,* Oxford, Oxford University Press, 1998

Viscusi 2000: Viscusi, W. Kip, "The Value of Life in Legal Contexts: Survey and Criti-que", (2000) 2 *American Law and Economics Review 195-222*

Viscusi et al. 2003: Viscusi, W. Kip, Joseph E. Harrington Jr et John M. Vernon, *Economics of Regulation and Antitrust,* 4e éd., Cambridge, MA, MIT Press, 2005

Viscusi/Aldy 2003: Viscusi, W. Kip et Joseph E. Aldy, *The Value of a Statistical Life: A Cri-tical Review of Market Estimates throughout the World,* rapport, National Bureau of Economic Resarch, Working Paper 9487, 2003 [http://www.nber.orgtpapers/w9487]

Vishny 1998: Andrei Shleifer et Robert W. Vishny, "Law and Finance", (1998) 106 *Jour-nal of Political Economy* 1113-1155

Visscher 2005: Visscher, Louis Theodoor, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht* [Analyse économique du droit neerlandais relatif à la responsabi-lité civile extracontractuelle], Erasmus Universiteit Rotterdam 2005

Voigt 1999: Voigt, Stefan, *Explaining Constitutional Change: A Positive Economic Approach,* Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1999

Von Gierke 1958: Von Gierke, Otto Friedrich, *Political Theories Of the Middle Age,* Cambri-ge, Cambridge university press, 1958

von Mises [1934]/1980: von Mises, Ludwig, *The Theory of Money and Credit,* Indianapolis, Liberty Classics [1934] 1980

Waddams 1991: Waddams, S.M., "Pre-Contractual Duties of Disclosure", dans Cane, Peter et Jane Stapleton (dir.), *Essays for Patrick Atiyah,* Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 237-256

Wagner 1990: Wagner, Richard E., *To promote the general welfare – Market processes vs. poli-tical transfers,* San Francisco, CA, Pacific Research Institute for Public Policy, 1990

Wagner 1996: Wagner, Richard E., *Economic Policy in a Liberal Democracy,* Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1996

Walker 1980: Walker, Donald, *The Oxford Companion to Law,* Oxford, Clarendon Press, 1980

Walker et al. 1972: Walker, Laurens, John Thibaut et V. Adreoli, "Order of Presentation at Trial", (1972) 82 *Yale Law Journal* 216-226

Wämeryd 1998: Wärneryd, Karl, "Network Externality and Convention", dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 2, London, Mac-Millan, 1998, p. 675-679

Weigel 1991: Weigel, Wolfgang, "Prospects for Law and Economics in Civil Law Coun-tries: Austria", (1991) 11 *International Review of Law and Economics* 325-329

Weinberg 1980: Weinberg, Harold, "Sales Law, Economics, and the Negotiability of Goods", (1980) 9 *Journal of Legal Studies* 569-592

Weise 1981: Weise, Peter et al., *Neue Mikroökonomie* [Nouvelle microéconomie], Wurz-burg, Physica-Verlag, 1981

Welling 1991: Welling, Bruce, *Corporate Law in Canada – The Governing Principles,* Toronto, Butterworths, 1991

Welzer-Lang et al. 1994: Welzer-Lang, Daniel, Odette Barbosa et Lilian Mathieu, *Prosti-tution: Les uns, les unes et les autres,* Paris, Éditions Métaillé, 1994

Werin 2003: Werin, Lars, *Economic Behavior and Legal Institutions – An Introductory Survey,* Singapore, World Scientific Publishing, 2003

West/Tinic 1975: West, Richard R. et Seha M. Tinie, *The Economics of the Stock Markets,* New York, Praeger Publishers, 1975

White 1998: White, Michelle J., "Contributory and Comparative Negligence: Empirical Comparisons", dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 1, London, MacMillan, 1998, p. 449-453

Whittaker/Zimmerman 2000: Whittaker, Simon et Reinhard Zimmerman, "Coming to Terms with Good Faith", dans Zimmerman, Reinhard et Simon Whittaker (dir.), *Good Faith in European Contract Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 653-701

Wildavsky 1988: Wildavsky, Aaron, *Searching for Safety,* New Brunswick (USA) and Lon-don (UK), Transaction Books, 1988

Wilkinson 2006: Wilkinson, Margaret Ann, "The Public Interest in Moral Rights Protec-tion", (2006) *Michigan State Law Review* 193-234

Williamson 1975: Williamson, Oliver E., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications,* New York, Free Press, 1975

Williamson 1979: Williamson, Oliver E., "Transaction-Cost Economics: The Governan-ce of Contractual Relations", (1979) 22 *Journal of Law and Economics* 233-261

Williamson 1979a: Williamson, John P., "Canadian Capital Markets", dans *Proposals for a Securities Market Law for Canada,* vol. 3, Ottawa, Supply and Services, 1979, p. 1-134

Williamson 1981: Williamson, Oliver E., "The Modem Corporation, Origins, Evolution, Attributes", (1981) 19 *Journal of Economic Litterature* 1537

Williamson 1985: Williamson, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting,* New York, Free Press, 1985

Williamson 1986: Williamson, Oliver E., *Economic Organization – Firms, Markets and Policy Control,* New York, New York University Press, 1986

Williamson 1988: Williamson, Oliver E., "The Logic of Economic Organization", (1988) 4 *Journal of Law Economics & Organization* 65-117

Williamson 1996: Williamson, Oliver E., *The Mechanisms of Governance,* Oxford, Oxford University Press, 1996

Williamson 1998: Williamson, Oliver E., "Opportunistic Behaviour in Contracts", dans Newman, Peter (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* vol. 2, London, MacMillan, 1998, p. 703-710

Wilson 1998: Wilson, James Q., "Idealizing Politics", (1998) 12 *Critical Review* 563-568

Wittman 1995: Wittman, Donald A., *The Myth of Democratic Failure: Why Political Institu-tions Are Efficient,* Chicago, University of Chicago Press, 1995

Wittman 2006: Wittman, Donald, *Economic Foundations of Law and Organization,* Cambri-dge, Cambridge University Press, 2006

Wolfelsberger 1995: Wolfelsberger, Alain, *Économie publique,* Paris, Presses Universitai-res de France, 1995

Wood 1993: Wood, Rodrick J. et al., "Modifications to Corporate Constitutions in Alber-ta: An Empirical Study", (1993) 31 *Alberta. Law Review* 263

Woodhouse Report 1967: *Report of the Royal Commission of Inquiry into Compensation for Personal Injury in New Zealand,* Wellington, New Zealand Government Printer, 1967

Woodward 1985: Woodward, Suzan E., "Limited Liability in the Theory of the Firm", (1985) 141 *Journal of Institutional & Theoretical Economics* 601

Wright 1984: Wright, George, *Behavioural dedsion theory – An introduction,* Harmond-swor-th, Penguin Books, 1984

Yalden 1995: Yalden, Robert, "Concentrated Control, Institutional Investors and Sha-reholder Responsabilities", (1995) 26 *Canadian Business Law Journal* 86

Yandle 1998: Yandle, Bruce, "Antitrust and the Commons – Cooperation or Collusion", (1998) 3 *Independent Review* 37-52

Yu 2005: Yu, Peter K., *TRIPs and Its Discontents,* rapport, Michigan State University Colle-ge of Law Legal Studies Research Paper Series – Research Paper N°. 03-03, 2005 [http://ssrn.com/abstract=578577]

Zenati 1988: Zenati, Frederic, *Les biens,* Paris, Presses Universitaires de France, 1988

Zentner 2004: Zentner, Alejandro, “Measuring the Effect of Music Downloads on Music Sales”, (2006) 49 *Journal of Law and Economics* 63-90 [http://www.law.upenn.edu/polkl-dropbox/zertner.pdf]

Zerbe/McCurdy 1999: Zerbe, Richard O. et Howard E. McCurdy, “The Failure of Market Failure”, (1999) 18 *Journal of Policy Analysis and Management* 558-5 78 [http://www.isnie.org/ISNIE05/Papers05/zerbe_mcCurdy.pdf]

Zerbe/McCurdy 2000: Zerbe, Richard O. et Howard E. McCurdy, “The End of Market Failure”, (2000) 23 *Regulation* 10-14 [http://www.cato.orglpubs/regulation/regv23n2/ zerbe. pdf]

Zettelmeyer et al. 2005: Zettelmeyer, Florian, Fiona Scott Morton and Jorge Silva-Risso, “How the Internet Lowers Prices: Evidence from Matched Survey and Auto Transaction Data”, NBER Working Paper N°. 11515, 2005 [http://www.nber.orglpapers/w11515]

Zhara/Pearce 1989: Zhara, S.A. et J.A. Pearce, “Boards of Directors and Corporate Fi-nancial Performance: A Review and Integrative Model” (1989) 15 *Journal of Management* 291

Índice remissivo

A

B

C

D

E

-*au*-*Tac*, 61

“sempre D”, 64

F

G

H

I

J

L

M

dade Média, 92

de abacaxis, 480

N

P

S

T

U

APLICAÇÃO